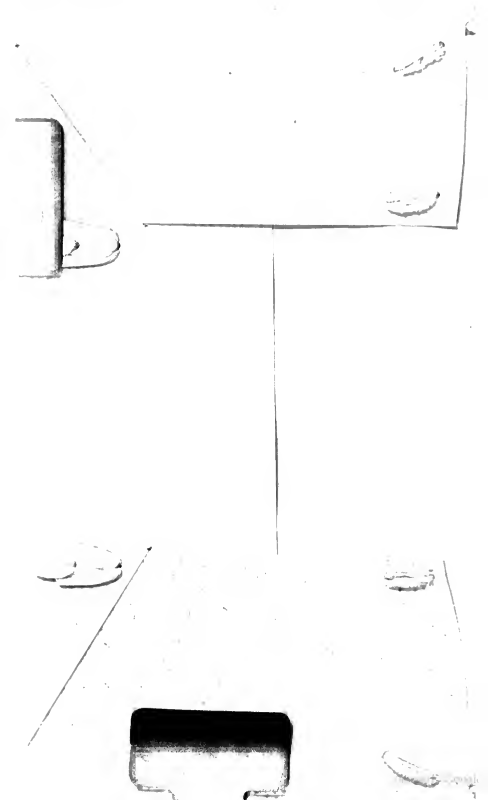
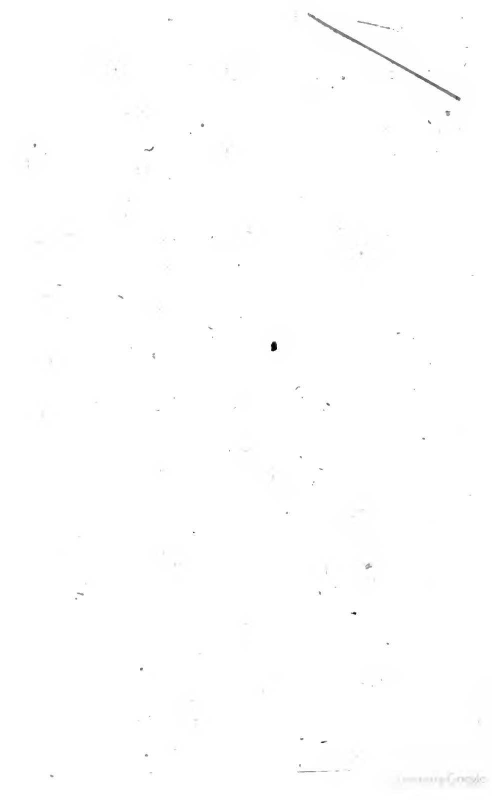










IO. GOTTLIEB HEINECCII,

IC. ET ANTECESS.

DICTATA

AD

ELEMENTA

IVRIS CIVILIS

SECVNDVM ORDINEM

INSTITVTIONVM

ADORNATA.





BEROLINI

IMPENS. IO. ANDR. RVDIGERI

cIↄIↄccxxxxiiii.

LECTORI AEQVO
S. P.

QVi tibi ab aliquo tempore, beneuole lector, quosdam celeberrimi HEINECCII libellos obtulit, bibliopola honestissimus, Rudigerus, idem nouum dare, eoque gratiam tuam mereri, constituit. Multi id petierunt, atque emtorum numerus docuit, non ingrata quoque esse

celeberrimi uiri opuſcula poſtuma. Hic, qui oculis lectoris ſubiicitur, libellus continet *dictata* ad *Elementa iuris ciuilis ſecundum ordinem Inſtitutionum adornata.* Titulus ſtatim admonere unumquemque poteſt, non contineri eo uſibus uirorum doctorum inſeruientia, uerum tyronum tantum, adeoque male omnino calculos poſiturum fore, qui concludere uellet, libellum doctis non eſſe ſcriptum, ergo indignum qui publicaretur. Non equidem crediderim umquam fore, ut talia publice dicerentur, niſi res ipſa mihi perſuaſiſſet contrarium. Parco nomini

uiri cuiusdam, quem ne anonymus ſit, Mathanaſium interim adpellabimus. Is quum in *nouis litterariis iuridicis*, quae Ienae imprimuntur, Heineccianas animaduerſiones ad Schilteri Inſtitutiones iuris feudalis recenſeret, tam abſurda proferre non erubuit. Equidem ſi haec ratiocinatio procederet, eodem iure omnes doctorum uirorum praelectiones, quas Collegia uocant, eſſent proſcribenda. Nemo non uidet, inania haec eſſe, magnamque gratiam omnino mereri eum, qui tyronibus regiam uiam ad ſolidam doctrinam libellis

 tali-

talibus monſtret. Libellum, cuiuſque linguae elementa continens, doctis non ſcribi, quilibet fatetur, et tamen eo carere non poſſunt tyrones. Igitur qui ſanum de quoque libello iudicium proferre uult, ante omnia ad ſcopum auctori propoſitum attendere neceſſe habet, ex eoque demum concludere, num fini fecerit ſatis, necne: alias facile foret, unumquemque libellum proſcribere. Exemplo rem declarabimus. Cognita ſunt ill. Newtoni in rem mathematicam merita. Quaecumque beatus ille uir ſcripſit, ita ſunt comparata, ut magnos

gnos progreſſus in ea arte feciſſe debeat, qui uſum inde capere uelit. Si ergo iudicium hoc interponere uelim: liber non inſeruit uſibus tyronum, ergo ad minimum ſuperfluus, abſonum foret. Contra qui grammaticas alicuius linguae dant, tyronum uſibus ſcribunt, quis uero inde concluderet, libellum nullius momenti eſſe, eoque famam uiri laedi, qui tam bene de iuuentute mereri uoluerit. Vides hinc, beneuole lector, quam bene de propoſito noſtro uiri docti praelectiones publicandi iudicauerit Mathanaſius ille, cui facile condona-

 bi-

bimus, ſi in poſterum ſaniora dederit. At ſane, dicit porro, haec ſomniabundus in praelectionibus protulit diuus uir. Riſum ſane continere non potui, quum haec legerem, atque felicem praedicaui Heineccium, qui ſomnians talia protulerit, quae Mathanaſius omni diligentia licet adhibita non poſſet dare. Eo abripere quemquam inuidia poteſt, ut quum perſonae cuidam male cupit, omnia uituperet etiam ſana, quae ab ea aguntur. Sed ſatis querelarum! Tu interim, beneuole lector, uale, atque propediem Heinecciana dictata ad Pandectas exſpecta. Scribeb. Berolini a. d. X. Iul. CIↃIↃCCXXXXIII.

PRO-



PROOEMIVM.

§. 2.

I*Mperator*) Neque assentimur tamen VLR. HVBERO, qui in *Auspiciis domesticis* existimat, melius consultum fuisse iurisprudentiae, si aut Cicero aut Caesar manum huic operi admouissent. Nam tunc elegantius quidem ius haberemus, at minus moribus nostris accommodatum, quia illis temporibus ius antiquum adhuc in uiridi obseruantia erat. Add. ill. BYNKERSHOEK. *Praetermiss. ad L. 2. D. de orig. iur.* ubi Ciceronem parum praestitisse in iurisprudentia demonstrat.

§. 5.

Theodosianum) Sed hi Codices in foro nullius amplius auctoritatis sunt, quamuis in iure interpretando maximam omnino adferant utilitatem. Vid. *Const. Summa reip.* §. 3. *de Cod. Iust. confirm.* ubi iste dicitur falsi crimen admittere, qui hos Codices in foro allegat.

§. 6.

Digesta) HENR. DODWELLVS in *Dissertationibus Cambden.* obseruat, nullum in Digestis

exstare fragmentum, quod Hadriani temporibus sit antiquius. Sed id falsum esse, obseruandum. Habemus enim fragmenta Q. Mucii, Alfeni Vari, nec non S. Aelii, qui omnes ante Hadrianum floruerunt.

§. 7.

Decisiones) Equidem in Codice nostro multo plures, quam centum eius generis constitutiones occurrunt. Sed ratio est, quia una decisio saepe in duas uel tres particulas scissa est a Iustiniano, et sub diuersos titulos relata. Vid. MERILL. *Comm. ad L. Decision. in proleg. c. ult.*

§. 8.

Theophili) Caue ergo existimes, Theophilum hunc esse recentiorem scriptorem, quod sibi olim persuaserat CVIACIVS. Vixisse enim illum sub Iustiniano, manifestum est ex *tit. Inst. de usucap.* ubi Iustinianum, eiusque coniugem, uocat principes suos.

§. 12.

Versionem) Nouam eamque adcuratissimam uersionem ex ipso Graeco textu adornauit IO. FRID. HOMBERGK ZVM VACH, quae in primis eo nomine commendanda, quod non modo admodum perspicua est, sed simul etiam continet ANTON. AVGVSTINI *Paratitla Nouellarum.*

§. 13.

Subiuncta) Quum enim in Nouellas nullae

lae tum haberentur praelectiones: uoluerunt hi ICti lectoribus Codicis statim repraesentare ea, quae Nouellis essent emendata, adeoque Codicem et Nouellas simul et uno labore interpretari.

§. 14.

Patriis) Quoties ergo controuersia feudalis occurrit, primo omnium dispiciendum est, an instrumenta inuestiturae (die Lehen-Briefe) illum casum definiant? si haec nihil definiant, confugiendum est ad mores et leges patrias, his denique deficientibus, tum demum ad hoc ius commune recurrimus.

Feudalia) Sed quid fiet de iure feudali Alamannico et Saxonico. Num illud omni usu destituitur in Germania? Responsum cape. Non recepti sunt hi libri tamquam norma decidendi: sed receptae tamen doctrinae ibi propositae, quia moribus et consuetudinibus multarum prouinciarum semel uim iuris obtinuerunt. Id probe obseruandum contra HARPRECHTI *feudalis Alamannici, Speculi Sueuici, et praesertim iuris feudalis Alamannici in foris uicariatus Sueuo-Franconico-Palatini non-usum modernum, Kilon. 1723. 4.*

§. 16.

Leges) Possunt quidem priuati leges scribere: idque fecerunt Solon, Lycurgus, Zaleucus, et alii: sed non possunt leges ferre, uel auctoritate legislatoria promulgare. Ceterum,

terum, quod ad Authenticas attinet, controuersia est inter uiros doctos, an istae nonnumquam a Nouellis dissentiant. Negat enim hoc PAGENSTECHERVS, in *Irnerio iniuria uapulante.* Sed eiusmodi quaestiones oculorum iudicio quam optime deciduntur.

§. 17.

Praeferantur) Medium ergo hic tenendum est, ne uel ius Romanum mores patrios in exsilium egisse putemus, uel eius plane nullam esse utilitatem, concedamus simpliciter, at sapientissime rem expresserunt ueteres hac iuris paroemia: **Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Kaiserrecht,** de quo uidendus est HERTIVS.

* * * * * * * * * * *

LIBER I.

TIT. I.

DE IVSTITIA ET IVRE.

§. 19.

V*oluntas)* At haec tamen proprie non est finis iurisprudentiae, quia ICto non in promtu sunt media alia, quam poenae et proemia. *L. 1. §. 1. D. h. t.* Atqui his mediis non emendatur mens, sed tantum cohibetur improbitas, ne uaga prosiliat frenis natura remotis.

§. 20.

Possunt) Iure perfecto exigimus, quae ex lege

lege debentur, et hinc coactionem admittunt haec officia, quia legis est imperare, punire, cogere, *L. 7. D. de legib.* Contra obligationes imperfectae oriuntur ex uirtute, quae uirtus esse desinit, si cogatur.

§. 22.

Praecepta) Non ergo hic assentiendum est HVBERO, et aliis ICtis, qui existimant, has tantum esse elegantes sententias, non autem talia principia, ex quibus totum ius nascatur. Nulla enim fingi potest iuris doctrina, quae non ex uno horum principiorum prono alueo fluat.

§. 23.

Distributiuam) Priorem locum habere dicunt in contractibus et pactis: posteriorem in praemiis et poenis. Sed utrumque fallit. Nam praemium ob bene meritum promissum elargitur respublica sine respectu personae. Et in concursu creditorum non omnes creditores pro rata creditum suum accipiunt, cum istis teneantur ex contractu.

§. 25.

Notitia) Caue credas, iurisprudentiam esse disciplinam philosophicam. Cum enim philosophia nullum aliud agnoscat principium cognoscendi, quam rectam rationem, iurisprudentia autem maximam partem nitatur legibus scriptis et positiuis: facile patet, ei definitionem philosophiae non competere.

§. 26.

§. 26.

Adplicandique) Nota ergo tres partes, uel tria officia ICti, leges ſcire, eaſdem interpretari, ac denique adplicare in praxi forenſi. Qui primum poteſt ſine reliquis, eſt *leguleius*; qui primum et ſecundum, et tertio deſtituitur, *iuriſperitus* audit; qui omnia haec coniungit, *ICtus ;* denique qui omni theoria deſtitutus crude ſtudia in forum propellit, *rabula* audit. Vid. THOMASII *Orat. de iuriſprudentiae corpore, ſceleto, et umbra.*

§. 28.

Perſpicitur) Non tamen confundenda eſt legis ratio cum praetextu. Saepe enim imperatores prae ſe ferunt, ſe ob certam rationem aliquid praecipere uel prohibere, cum tamen plane aliam rationem mente repoſtam habeant. Exemplo eſſe poteſt *lex* celeberrima *17. D. de ſtat. hom.* quam ill. EZ. SPANHEMIVS ſingulari commentario, quem *Orbem Romanum* uocauit, illuſtrauit.

§. 31.

Rerumpublicarum) Ex quo facile patet, non confundi debere ius publicum uniuerſale, quod rebuſpublicis omnibus commune eſt, et particulare, quod huic uel illi reipublicae eſt proprium. Sane haec differunt etiam ratione principiorum. Nam ius publicum uniuerſale fluit ex iure naturae et gentium: particularia autem deriuantur praecipue ex legibus

gibus fundamentalibus singulorum imperiorum.

§. 32.

Gentium) Immo haec tria ad duo reduci possunt ex ea ratione, quod ius naturae et gentium non sint diuersa iura, uti ueteribus uisum est, sed ius unum idemque, quod diuersa nomina sortitur ab applicatione.

TIT. II.

DE IVRE NAT. GENT. ET CIVILI.

§. 35.

Positiuum) Posterius hoc ICti subdiuidunt in uniuersale et particulare. Illud uocant, quod indistincte omnes homines obstringat: hoc, quod certam tantum gentem, ueluti Iudaicam. At ius uniuersale positiuum nostra aetate profligare uoluerunt THOMASIVS, BVDDEVS et alii.

§. 36.

Deriuabant) Natura autem hominis nihil aliud erat, quam recta ratio solis hominibus competens. Communis contra natura illis erat instinctus naturalis, qualis etiam in brutis animantibus reperitur. Ex quo patet, errare illos, qui existimant, Stoicos ICtos bruta animantia pro rationalibus habuisse.

§. 39.

§. 39.

Introductum) Quemadmodum enim uulgo docent philosophi, necessitatem plerasque artes inuenisse, ita uerum est, eamdem uaria quoque iura inuexisse, qualia permulta recensentur *L. 4. 5. D. de iust. et iur.*

§. 41.

Adplicatum) Luculento specimine hoc demonstratum dedit BVDDEVS in *Elem. philosoph. pract.* ubi, dum ius naturae tractat; illud semper comparat cum iure gentium, et utrumque ex iisdem principiis deducit. Vnde vel eo nomine hic libellus commendandus est.

§. 42.

Leuit. XVIII. et XX.) Circa haec tamen capita quaeri solet, gradusne Deus numerarit, an personas tantum? Posterius ideo probabilius est, quia gradus eo modo, quo iure Romano numerantur, ignoti fuere uetustis Hebraeis, ceu singulari, eoque pererudito responso docuit IO. SCHILTERVS in *Exercit. ad Pand.* sub finem *libri XXIII.*

§. 43.

Constituit) Et quidem prout id exigit forma et finis reipublicae, nec non salus populi. Hinc facile reddideris rationem cur iura ciuilia non ubique sint eadem, immo cur in singulis rebus publicis illa saepissime mutentur: cuius rei respublica Romana exempla innumera praebet.

§. 44.

§. 44.

Tacite) Et expreſſe quidem per promulgationem, ſiue illa fiat per edictum ſiue per uocem praeconis. Sufficit enim ad ius ſcriptum, legem aliquam eſſe promulgatam. Contra ſi uel maxime conſuetudo in ſcripturam redigitur, tamen illa manet ius non ſcriptum, quia non promulgatur.

§. 45.

Rei publicae) Quoties enim haec mutatur, toties mutatur imperans. Hoc uero mutato non eadem manere poteſt poteſtas legislatoria. Ex principiis politicis erudite hoc demonſtrauit CONRINGIVS in *Diſſert. de mutat. rerum publicar.*

§. 46.

Romanus) Differentia populi et plebis non alia eſt, quam generis et ſpeciei, uel totius et partis. Populus enim complectitur omnes Romanos, tam patricios, quam plebeiios: plebs autem ſolos iſtos, qui non ſunt patricii. Vnum addimus, non confundendos eſſe patricios et nobiles: nobiles enim et plebeii eſſe poterant.

§. 47.

Hortenſiam) In *gloſſa ad* §.4. *Inſt. h. t.* habetur, legem hanc latam eſſe a rege quodam Hortenſio. Sed cum talis rex Romae numquam imperarit; ſciendum eſt, auctorem legis fuiſſe

Hortensium dictatorem, de quo diximus in *histor.* nostr. *iur. ciuil.*

§. 49.

Constitutum) Recitata illa oratione praecipui senatores dicebant sententiam uiua uoce. Quo acto deinde consul proclamabat: QUI HOC SENTITIS, IN HANC PARTEM, QVI ALIA OMNIA, IN EAM PARTEM SECEDITE, QVACVM SENTITIS. Quo facto surgebant senatores, et pedibus ibant in aliquam sententiam.

§. 50.

Regiam) Dubitarunt quidam eruditi, inprimis MART. SCHOOCKIVS *de lege regia*, an talis lex umquam exstiterit. Sed exstitisse talem legem, id est congeriem SCtorum factorum in honorem principis, solide demonstrauit GER. NOODT. in *Orat. de lege regia.*

§. 52.

Trahuntur) Itaque priuilegia non admittunt interpretationem extensiuam, nec in iis regula ualet: *ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est iuris dispositio.* Humanitatis tamen caussa priuilegia extendi solent ad uiduas et liberos, quamdiu nondum patria domo egressi sunt.

§. 54.

Fert) Id quod imperator uel solus faciebat, uel adhibitis in consilium ICtis. Prioris generis exemplum elegans exstat in *L. 13. D. quod met. causs.* quod integrum perlegi meretur.

§. 55.

§. 55.

Diriguntur) Quo pertinent etiam commissiones, quas uocant, quae adeo stricti iuris sunt, ut commissarius nihil possit, nisi quod commissum est. Vnde et semper obligatus est ad producendum commissoriale, si id partes exegerint.

§. 56.

Nitantur) Quod adeo praesupponitur, ut etsi non inserta sint uerba: Daferne sichs nun angebrachter Massen verhält, ea tamen semper subintelligantur. *c. 2. X. de rescriptis.* Vnde et tunc locus est exceptioni sub- et obreptionis, si principi quid contra ueritatem suggestum sit.

§. 57.

Iubeat) Huius quoque rei exemplum praebet *L. 13. D. quod met. causs.* siquidem ibi Antoninus imperator in genere de casibus futuris pronunciat, eos ius crediti non habituros, qui, quod sibi debeatur, ui extorserint.

§. 60.

Ordinem) Quale quid fecisse uidemus Hadrianum in *L. 2. sub fin. D. de his, qui sunt sui, uel al. iur.* Vocare id solemus exemplum, statutum, quoties princeps eo maioris metus incutiendi caussa atrociorem poenam irrogat, quam leges statuerunt.

§. 61.

Infligitur) Id quod prohibitum nouimus

notiſſima lege 12. Tab. PRIVILEGIA NE IRROGANTO. Vnde procul dubio falluntur, qui Tribonianum haec priuilegia per errorem inuexiſſe exiſtimant.

§. 62.

Tranſeunt) Sed quale in dubio praeſumitur priuilegium? Diſtinguendum eſt, titulone oneroſo quaeſitum ſit, an ex ſola gratia principis. Priore enim caſu in dubio praeſumitur reale, quia quiſque pro ſe et herede contraxiſſe cenſetur, alias perſonale tantum eſt.

§. 63.

Beneficii) An etiam reuocare priuilegium? Id affirmandum, ſi datum ſit ad beneplacitum, (bis auf Wiederruf,) non, ſi titulo oneroſo quaeſitum ſit, niſi manifeſto uergat in detrimentum rei publicae. Ita et ſucceſſor ſingularis recte reuocat priuilegium ab anteceſſore datum, non autem ſucceſſor uniuerſalis uel heres. Vid. *Obſeru. Hall. P. III, c. 15. 16. 17.*

§. 64.

Honorarii) Quicumque enim Romae honoribus fungebantur, ii edicta reddere poterant de rebus ad curationem ſuam pertinentibus. Hinc etiam reperimus edicta cenſorum apud CORN. NEP. *Cat. cap. 2.* Immo et edicta ſacerdotum adlegauimus in *Hiſtor.* noſtr. *iur. ciuil.*

§. 65.

§. 65.

Corrigendi) Immo et euertendi leges. Id quod facile praestabant, partim inuentis nouis uocabulis, partim datis exceptionibus, partim promissis restitutionibus in integrum, partim denique inuentis fictionibus uariis, quae omnia adcuratius explicauimus in *Antiquit.* nostr. *Rom. h. t.*

§. 66.

Suspicatur) At luculenter potest demonstrari, utrumque edictum unum idemque esse. Vnde CAIVS, si quando hoc edictum citat, modo scribit: *ait proconsul*, modo: *ait praetor*, ceu pluribus demonstrauimus in *Praef.* ad EZ. SPANHEMII *Orbem Romanum.*

§. 67.

Respondere) Quamuis ergo hi non sint legislatores: responsa tamen eorum primum per tacitam populi adprobationem auctoritatem iuris non scripti obtinuerunt. *L. 2.* §. *47. D. d. orig. iur.* Postea, ubi publicatae sunt a Iustiniano in Pandectis, ius scriptum esse coeperunt. §. *8. Inst. h. t.*

§. 68.

Interpretamentis) Illa interpretamenta nihil aliud erant, quam nouae conclusiones, quas per regulas bonae interpretationis ex legibus eruebant. Itaque non mirum est, illa iuris auctoritatem accepisse, si quidem et illa le-

legibus insunt, quae per bonam consequentiam inde eruuntur.

§. 70.

Auctoritate) Ne quis me accuset, quod hic de re nullius usus agere sustinuerim: paucis adde, ipsas quidem actiones legis et actus legitimos nullius hodie usus esse, conclusiones tamen inde natas in iure nostro utramque facere paginam, ut adeo multorum iurium rationes reddere non possemus, nisi perspectum nobis esset, quid sint actiones legis, uel actus legitimi.

§. 71.

Introductum) Introducitur consuetudo a populo, uim uero ac auctoritatem consequitur tacito consensu legislatoris. Quid enim interest, tacite hanc approbet princeps, an expresse. *L. 32. §. 1. D. d. legib.*

§. 72.

Temporis) Illa diuturnitas non definita est iure communi: iure uero Saxonico probandum est, illam in re publica uiguisse per triginta annos, annum et diem.

TIT. III.

DE IVRE PERSONARVM.

§. 76.

Familiae) Nec plures status ciuiles norunt Romani. Quod uel inde patet, quod tria tantum

tum

tum habuerunt capitis deminutionis genera, ut recte possim argumentari: *quot status amitti possunt, totidem habemus: iam amittere possumus non nisi tres; ergo totidem habemus.*

§. 78.

Libertinos) Ad intelligendam uero hanc differentiam semper opus est, ut supponamus seruitutem legitimam et iustam. Aliud enim est in seruitute esse, quod et libero homini contingere potest per iniuriam, aliud seruum esse. Prius est facti, posterius iuris. Hinc et prior manumissus manet ingenuus, posterior libertinus tantum.

§. 80.

Redigebatur) Et ita quidem, ut non amplius posset agere, quidquid placeret in utilitatem suam, sed potius omnia agere teneretur in utilitatem populi, quemadmodum e. g. equus, quia res est, non sibi lucratur, sed domino, ita seruus omnia adquirit domino, quia non persona, sed res est.

§. 81.

Nostris) Serui enim non uiuunt in matrimonio, sed in contubernio tantum. *Lex uero naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat. L. 24. D. de stat. hom.*

§. 83.

Sunt) Cuius rei elegantissimum exemplum exstat apud PLAT. in *Persa.* Cum ergo

haec fraus tum admodum frequens esset, non mirandum sane est, illam seuera hac lege fuisse coërcitam.

§. 84.

Habebant) Eorum hac maxime in re paullo tolerabilior erat conditio, quod, si deliquissent, non seruili afficiebantur supplicio, sed puniebantur tamquam liberi homines, uel ideo, quia libertatem sperarent.

§. 85.

Exuuias) Si domino in hereditate hominis proprii ius optionis competit, ut eligere possit, quidquid uelit, uocatur hoc *ius curmeticum*, de quo singularem dissertationem scripsit IO. PET. a LVDEWIG, quae addita est *Reliquiis de iure colonario*.

§. 86.

Tractu) Multoque magis in Palatinatu Rhenano et uicinis prouinciis Elector Palatinus exercet ius Wildfangiatus, quamuis hoc superiore saeculo occasionem dederit bello periculosissimo, et hinc postea restrictum sit admodum laudo Heilbronnensi.

TIT. IIII.
DE INGENVIS.

§. 90.

Fuit) Receptum hoc est in fauorem libertatis. Alias enim si solam analogiam iuris consideremus, respiciendum erat tantum ad tem-

tempus partus, et momenta intermedia nemini prodesse poterant.

§. 91.

Ingenui) Nimirum quamuis leges permitterent, ut liberi uenumdarentur, noxaeue darentur; nec non ut obaerati creditoribus in neruo addicerentur: nihilominus tamen Romani hanc seruitutem pro iniusta maluerunt habere, ut fauerent libertatibus, manumissisque potius ingenui essent, quam libertini.

§. 92.

Patrono) Nam de huiusmodi delato iureiurando ualet regula: *Iusiurandum pro ueritate habetur*, quia est instar transactionis. Quae ratio cum non quadret iuriiurando, quod iudex defert ex officio, ueluti purgatorio et suppletorio: haec iuraiuranda etiam non obstant, quo minus lis ab integro possit inchoari.

TIT. V.
DE LIBERTINIS.

§. 94.

Abdicare) Vna addenda est exceptio, quae habetur in §. 2. *Inst. Qui et ex quib. causs. manumitt. non poss.* puta, interesse rei publicae, ne quis re sua male utatur. Hinc et manumissiones restringuntur per leges Aeliam Sentiam et Fusiam Caniniam, de quibus *Tit.* 6. et 7. agetur.

 §. 96.

§. 96.

Filii) Ceterum hi modi non modo ratione formae differunt, uerum etiam ratione effectus, siquidem modis minus sollemnibus manumissi ad iura ciuitatis Romanae non adspirabant, sed tantum Latini fiebant, uel dedititii.

§. 98.

Signarent) Simul etiam quatuor ecclesiae portae solebant aperiri, ut sciret libertinus, se non amplius esse glebae adscriptum, sed uadere posse, quo liberet. Vnde a patentibus uel passis portis ortum est uocabulum: ein Passe-port.

§. 99.

Manumittit) Et tunc libertus eiusmodi eleganter in iure nostro uocatur *orcinus*, uel *charoneus*, quia patronum non haberet, nisi in orco uel in cymba Charontis.

§. 100.

Explicanda) Edidit CHRISTIVS libellum elegantem sub titulo: *Noctes Hallenses*, in quo etiam aeri incisum sistit monumentum antiquum, quo haec manumissio elegantissime repraesentatur. Nos addimus, ritus istius uestigia superesse in modo creandi equites (im Ritterschlag) nec non in consuetudine dimittendi pueros nobiles (wenn die Pagen wehrhaft gemachet werden) similibusue ritibus.

§. 101.

§. 101.

Subſcriptionem) Quamuis uero hic modus hodienum ſit uſitatiſſimus in manumiſſione hominum propriorum: moribus tamen receptum eſt, ut ſufficiat ſubſcriptio et ſigillum domini, neque quinque teſtium requiratur praeſentia.

§. 104.

Sufficeret) Ad manumiſſionem enim hanc ſufficiebat qualecumque ſignum libertatis, adeo, ut et puerum liberum pronunciatum reperiamus, cui dominus fiſci defraudandi cauſſa bullam auream e collo ſuſpenderat. Vid. SVETON. *de claris rhetorib. cap. I.*

§. 106.

Dediderant) Vocabuntur hi etiam ſub iugum miſſi. Ex tribus enim haſtis fiebat iugum ſeu patibulum, per quod deinde ſinguli ire iubebantur. Quemadmodum uero hi dedititii parum a ſeruis differebant, quippe magno tributorum onere preſſi: ita et liberti dedititii exſortes erant iuris teſtamenti factionis, connubii et contractuum, adeoque parum a ſeruis diſtabant.

§. 107.

Conſequerentur) Hi eatenus erant melioris conditionis, quam prouinciales, quod haberent ius contractuum et teſtamenti factionis, nec tamen tamquam ciues ad honores adſpirare poſſent.

§. 110.

§. 110.

Dedit) Immo nonnullis promisit restitutionem natalium, seu, ut ipse uocauit, regenerationem, quae in hoc consistebat, quod libertini etiam a iuribus patronatus liberi pronuntiabantur, qua de re singularis tit. agit in *Dig. de restitut. natal.*

§. 111.

Solebant) Et quidem praenomen et nomen gentilitium; cognomina enim retinebant, quae antea in statu seruitutis gesserant. Hinc Tiro manumissus a Cicerone, se uocabat Marcum Tullium Tironem.

§. 112.

Fabriles) Quemadmodum officiales uocantur operae, quae tantum ex reuerentia fluunt, ita fabriles sunt, quae ad liberti cuiusque pertinebant opificium. Sic e. g. pedissequum esse opera, est officialis, calceos consuere, fabrilis

§. 113.

Sunt) Nam et manumissi rustici et operas et census praestare debent, adeoque re uera seruiunt. In eo tantum benignior est eorum conditio, quod non amplius sint glebae adscripti, adeoque ex fundo emigrare possint cum familia sua.

TIT.

TIT. VI.

QVI ET EX QVIB. CAVSS. MANVM. NON POSS.

§. 115.

Conditionibus) Vera huius rei caussa erat, quod iuuenes adhuc in patria potestate constituti, plerumque seruorum ope utebantur in contrahendo aere alieno, defraudandis parentibus, conciliandis amoribus, et pro hac egregie nauata opera illis promittebant libertatem. Qua insania cum iuuenes sese ad egestatem et paene mendicitatem redigerent: mirum sane non est, ademtam hac lege ipsis esse licentiam pro lubitu manumittendi.

§. 117.

Esse) Quid si ergo plures seruos manumiserit et ob unius tantum manumissionem contigerit, ut manumittens non amplius soluendo esset? Resp. tunc priores libertatem retinent, et eius tantum nulla manumissio, cuius caussa soluendo esse desiit. Sin de prioritate temporis non constet, omnes pro seruis habentur, arg. §. 125.

§. 119.

Amoliendi) Maxime enim ignominiosum habebatur, si mortui bona per uocem praeconis proclamarentur, tamquam uenalia futura. Vnde eleganter comicus ait, obaerato eiusmodi iterum funus duci. Hanc uero ignominiam

miniam facile effugiebant, qui seruum instituebant, quia heredis, non defuncti nomine, bona uenibant.

§. 120.

Retractabatur) Decretum enim magistratus praeuia caussae cognitione interpositum instar rei iudicatae est: haec autem pro ueritate habetur, adeoque retractari non potest, licet caussa postea falsa reperiatur.

§. 121.

Sororesue) Contingere potest hic casus, si dominus Stichum seruum instituat heredem, eiusque parentes, fratresque uel sorores adhuc uiuant. Tunc enim hi omnes ipsi seruiunt, quia tamquam heres in uniuersum ius defuncti domini succedit.

§. 122.

Annum) Enimuero id concedendum tamen non est, nisi adhibito consensu curatoris, qui non facile nec sine periculo consentiet, si animaduertat, minorem ad mendicitatem ruere.

TIT. VII.
DE LEGE FVSIA CANINIA TOLLENDA.

§. 123.

Prosequerentur) De ritu hoc funebri praeclara multa obseruauit KIRCHMANN. in quan-

quantiuis pretii libello: *de Funeribus Romanorum*, ubi oſtendit, hoc pro maxima pompa habitum fuiſſe, ſi plures eiuſmodi pileati lecticam ſequerentur.

§. 124.

Ad fin.) De his coſſ. quorum prior tantum in faſtis habetur, eleganter egit EPHR. GERARD. in *Diſſert.* Ienenſi *de lege Fuſia Caninia.*

§. 125.

In orbe) Hoc ſaepiſſime faciebant ueteres, etiam in heredum inſtitutione, ſi nullum heredem alteri praeferre uellent, ſed omnes aeque honorare. Quod ergo in heredis inſtitutione licitum erat, id in fraudem legis fuſiae Caniniae perperam producebant ad manumiſſiones.

§. 126.

Viuis) At haec concluſio non procedit. Non enim tam facile homines inter uiuos res ſuas iactant, metu paupertatis impediti, quam moribundi, quo in ſtatu et auariſſimi homines liberales eſſe ſolent. Sed bene ſe res habet, quod in Germania manumiſſiones per teſtamentum rariſſimae ſunt.

TIT.

TIT. VIII.
DE HIS, QVI SVI VEL ALIENI IVRIS SVNT.

§. 128.

Subsunt) Non ergo huc pertinet poteſtas tutorum. ICti enim diſtinguunt inter poteſtatem acquiſitiuam et directiuam. Tutoribus poteſtas poſterioris generis conceditur, nos autem hic loquimur de prioris generis poteſtate, qualis etiam olim erat maritalis, quia uxores, quae in manum conuenerant, maritis erant inſtar filiae familias. Vid. *Antiquit.* noſtr. *Rom.* tit. *de nupt.* §. 5.

§. 130.

Seruos) Neque tamen exiſtimandum, conceſſam fuiſſe dominis promiſcuam occidendi licentiam; ſed ſenſus hic eſt, dominos fuiſſe iudices domeſticos ſeruorum ſuorum, adeoque et ſupplicium capitale illis infligere potuiſſe, qui tale quid meriti eſſent. Vide GROT. de *iur. bell. et pac. III, 14.*

TIT. VIIII.
DE PATRIA POTESTATE.

§. 133.

Poteſtati) Haec id nomen obtinet, quia iure Romano omnis poteſtas in liberos penes ſolum patrem eſt. Interim negari nequit, liberos

ros adſtrictos fuiſſe ad obſequium etiam matri praeſtandum. Quod adeo uerum eſt, ut in digeſtis exſtet ſingularis titulus *de obſequiis parentum et patronorum.*

§. 135.

Mancipi) Adeoque in dominio ſunt liberi, aeque ac ſerui, ex quo etiam facile poteſt reddi ratio, cur ceſſante educatione apud Romanos non ceſſet patria poteſtas, et cur ad nepotes quoque proferatur. Cuius enim ipſe pater eſt, eius et liberi eſſe cenſentur.

§. 136.

Quiritarium) Facile equidem ad exiſtimandum eſt, etiam prouincialibus, qui non erant ciues Romani, ius aliquod in liberos competiiſſe: ſed ea non erat patria poteſtas Romanorum, ſed uel ſecundum leges patriae, uel ſecundum ius naturae liberis imperabant.

§. 138.

Ter quidem) IAC. GOTHOFREDVS in *Not. ad XII. tabb.* legem hanc intellectam fuiſſe putat tantum de uenditione imaginaria, qualis fiebat in emancipatione et adoptione. Enimuero cum in *L. 2. C. de patrib. qui fil. diſtrax.* ius antiquum reſtringatur ad filios ſanguinolentos, eaque lex non agat de uenditione imaginaria, ſed uera: conſequens eſt, ut et leges iſtae antiquae de uera uenditione egerint.

§. 139.

Obligatio) Hinc quamuis e. g. pater filio aliquid donet, non tamen ex ea donatione transfertur dominium, sed res donata fit peculium profectitium, cuius dominium semper penes patrem manet.

§. 140.

Sententiam) At hodie ipse iudex regulariter fert sententiam caussa cognita, ne pater aut iusto seuerior sit, aut iusto indulgentior. Id tamen adhuc obseruatur, ut magistratus petente patre decernat disciplinam domesticam, e. g. ut filius contumax ad tempus in ergastulo habeatur.

§. 141.

Frequentetur) Immo obseruandum, iam tum tempore Iustiniani recentiores exstitisse leges, quibus uenditio illa uetita fuit, permissumque parentibus, ut alimenta ex aerario petant. Vid. *L. 1. 2. C. Th. de aliment. quae parent. ex publ. pet. deb.*

§. 143.

Constat) Agitur enim hodie aduersus ipsum filium, eoque condemnato uel actio de peculio instituitur aduersus patrem, ut ex peculio soluat, aut si non habet in aere, in corpore illum luere oportebit.

§. 144.

Procreentur) Iustum hoc tempus est septimus mensis a nuptiis, idque propter auctoritatem

tatem doctissimi uiri Hippocratis, *L. 12. D. de Stat. hom.* Contra si de uidua quaestio sit, iustus habetur partus, qui decimo mense a morte parentis in lucem prodit. Vid. *L. 3. §. penult. D. de suis et legit. hered.*

TIT. X.
DE NVPTIIS.

§. 146.

Ineunda) Itaque procreatio sobolis est finis primarius, ad quem respicitur, quoties quaestio est de matrimonio ineundo. Quod si autem de eodem conseruando quaeritur, tunc sane sufficit finis secundarius. Hinc et senum matrimonium conseruari solet, quamuis finis primarius amplius sperari nequeat.

§. 147.

Considerabant) Hinc quamuis leges impedimentum non obiicerent: non permittebatur tamen matrimonium, si honestati uideretur repugnare. Exempla elegantissima sunt in §. 9. *Inst. h. t.*

§. 148.

Oporteat) Neque tamen nuptiae ideo dici possunt contractus consensualis, uti uisum est DONELLO in *Comment. iur. ciu. XIII, 18.* Contractus enim supponunt obiectum, quod in commercio est, cum hic super personis liberis contrahatur.

§. 149.

Primaeuam) Quamuis enim loca allegata agant de diuortio, non de polygamia: tamen ob identitatem rationis eadem concludendi ratione inferre possum: Deus ita instituit matrimonium, ut duo sint in carnem unam, ergo noluit, ut plures uxores uni uiro simul nuberent.

§. 150.

Nuptias) Quod etiam plerique putant consentaneum esse iuri diuino, ob *Genes. XXI, ult.* ubi uxores duxit Esauus inconsultis parentibus, nec tamen rescissum ideo legitur istud matrimonium. Vid. GROT. *de iur. bell. et pac. II, 5, 10.*

§. 152.

Familiam) Inter utriusque ergo coniugis familias nulla plane est affinitas. Hinc e. g. sponsi frater est quidem affinis sponsae, sed non ideo est affinis sororis sponsae, quod in schemate facile potest ostendi, si obseruetur regula: *quoties curua linea est inter duas lineas rectas, toties nulla adest affinitas.*

§. 155.

Canonici) Et hic computandi modus in ipsa etiam scriptura sacra uidetur obseruatus. Vnde non mirum, protestantes saltim in materiis nuptialibus eumdem computandi modum obseruare.

§. 157.

§. 157.

Sunt) Non itaque ſtatim adeſſe cenſetur reſpectus parentelae, ſi una perſona propius abeſt a communi ſtipite, quam altera, (ſic enim omnes nuptiae in linea inaequali eſſent prohibitae), ſed ſemper exigitur, ut alterutra immediate communi ſtipiti ſubſit, e. g. patris, aui, proaui ſoror, uel matris, auiae, uel proauiae frater.

§. 158.

Prohibentur) Id quod ita declarare ſolent, Adamum, ſi uiduus factus eſſet, non reperturum fuiſſe alteram coniugem, quam ſaluis legibus ducere poſſet, quia omnes mulieres eius deſcendentes ſint.

§. 159.

Imperante) Vocatur id diſpenſatio, eaque facile indulgetur, modo iuſta allegetur cauſſa, cur quis hoc potiſſimum matrimonium inire uelit. Si dubium oritur, ſitne hic gradus prohibitus, necne, conſuli ſolent facultates theologicae et iuridicae, earumque reſponſis potiſſimum ſtat princeps. Plura huius generis reſponſa collegerunt inprimis DEDEKEN. in *Conſil. theologor.* et BRVCKNER. in *deciſ. matrim.*

§. 160.

* *Viduam*) Maxime hic oritur controuerſia de nuptiis cum defunctae uxoris ſorore. Sed cum iſtae *Leuit. cap. 18.* non abſolute prohibeantur, ſed addita reſtrictione: ihr zu

wider, weil sie noch lebet, is casus hodie plerisque locis pro dispensabili habetur. Optimum hac de re scriptum exstat WAGENSEILII, von der Heyrath mit der verstorbenen Frauen Schwester, quod habetur post tractatum: Hofnung Israelis.

§. 161.

Contracta) Vbi addendum, in linea recta ne tunc quidem permitti matrimonium, quando secuta est emancipatio. In collaterali autem frater potest ducere uxorem adoptiuam, modo haec sui iuris per emancipationem facta sit. *L. 55. D. de rit. nupt.*

§. 162.

Damnatam) Si uel maxime eiusmodi persona in thorum recepta esset ingenui, nihilo minus tamen non pro uxore, sed pro concubina habebatur, *L. 1. pr. D. de concub.* Romani enim nuptias non ex intentione contrahentium, sed ex personae qualitate diiudicabant.

§. 163.

Contra) Nec discrimen hic est inter Iudaeam et Mahometanam. Quamuis enim haec non soleat conuiciis proscindere Christum: nihilo minus tamen idem subest metus corruptionis, saltim liberorum, qui ab huiusmodi matre facile a Christo alieniores reddi possent.

§. 164.

§. 164.

Ad finem) Hoc ſane contra fundamenta legum eſt, quae id, quod contra leges, uel in earum fraudem factum, pro nullo declarat, *L. 5. C. de legib.* Nihilominus tamen praxis contraria recepta eſt ideo, quia matrimonium ſecundum principia iuris canonici pro ſacramento habitum eſt. Vid. STRYKII iun. *Diſſert. de reliquiis doctrinae de ſacramento in cauſſis matrimonialibus.*

DE LEGITIMATIONE.

§. 165.

Succeſſoribus) Quod enim nonnulli antiquiorem legitimationis originem exſculpunt ex *L. 57. de rit. nupt.* et ex *L. fin. D. de. adopt.* id perperam fit. Prior enim lex complectitur priuilegium, non modum aliquem ordinarium legitimandi. Poſterior autem agit de arrogatione, non de legitimatione.

§. 166.

Nati) Haec definitio eo maioris fieri debet, quod inde fluit principium, qui coniuges fingi non poſſunt, eorum liberi quoque non poſſunt legitimari, quia fictio ſemper ſupponit terminos habiles. Sic e. g. filius ex concubitu cum matertera natus legitimari nequit, quia cum matertera fingi non poteſt matrimonium.

Inuentus) Quartum quidem modum addit IVL. PACIVS in *Analysi Instit. h. t.* §. *ult.* nempe per instrumentum publicum, propter *Nou. 117. c. 2.* Sed ipse textus satis demonstrat, inde nasci tantum praesumptionem legitimi matrimonii, non autem tradi diuersum modum legitimandi.

§. 170.

Curialibus) Quam dura fuerit curialium conditio, non solum in scholio ostendimus, sed et luculenter probari potest ex BRISSONII *Antiqu. select. IIII, 18.* ubi docet uir doctissimus, ipsos christianos a persecutoribus ad curias damnatos esse, tamquam ad triremes. Quod cum hodie aliter sese habeat, non mirum sane est, hunc modum plane cessare.

§. 171.

Impetrauerat) Apud nos tutissimum est, non solum principis, sed et ipsius imperatoris impetrare oraculum, quia tunc legitimatio ualet per totum imperium. Imperator autem legitimare solet per comites palatinos, de quibus exstat elegantissimus tractatus GEORG. SCHVBARTI, Profess. olim Ienensis.

§. 173.

Ad fin.) Quin hodie ne ob opificia quidem et collegia opificum admodum frequens est legitimatio, quia legibus imperii publicis cautum, ne illegitime nati excludantur collegiis et corporibus. Omnium minime hodienum obti-

obtinet antiquus mos Germanorum liberos legitimandi, qui ſub pallio matris latitauerint tempore hierologiae eccleſiaſticae. Vnde dicti ſunt Mantelkinder, de quibus CAR. du FRESNE in *Gloſſar. med. et infim. Lat.* ſub uoce: *pallium*, BESOLD. in *Theſ. pract.* ſub uoce: **Mantelkinder**, et nos **in den vermiſchten Anmerckungen**, num. I.

TIT. XI.
DE ADOPTIONIBVS.

§. 174.

Adoptio) Et hinc illa iuris quidem gentium eſt, ac proinde etiam Aegyptiis, Hebraeis, Graecis nota. Multa tamen quoad formam et effectum adoptionis adiecerunt leges ciuiles. Vnde eatenus dici etiam poteſt iuris ciuilis eſſe adoptionem.

§. 175.

Sollemnis) Hoc ipſo enim adoptio diſtinguitur ab eo actu, quo alumnum uel alumnam domum recipio. Alumnus enim non eſt adoptiuus, nec tamquam filius hereditatem poteſt ſperare, quia deeſt ſollemnitas.

§. 176.

Annis) Sufficere etiam inchoatum eſſe annum XVIII. obſeruat HVBERVS *poſit. 7. ad h. t.* Neque huic iuri opponendum exemplum Elagabali, qui anno aetatis XIIII. Alexandrum puerum annorum XII. adopta-

uit, teste HERODOT. V, 7. Quod enim princeps de facto facit, istud non potest pro norma esse, ubi de iure quaeritur.

§. 179.

Potestatem) Quod in adoptione speciatim sic dicta non semper fieri solet, datur enim etiam adoptio minus plena uel imperfecta, destituta hoc effectu, de qua infra §. 186. dicemus.

§. 180.

Fieri) I. e. consentire debere; rationem iam adduximus §. 172. quia scilicet tum ex homine sui iuris fit homo alterius potestati subiectus, ceu praeclare docuit THOMAS. *de usu pract. tit. Inst. de adopt. c. 1.*

§. 181.

Suorum) Durissimae hae sunt conditiones, adeo, ut uix sit probabile, quemquam impuberem arrogare uoluisse sub his conditionibus, ceu praeclare docuit THOMASIVS *cit. loc.*

§. 182.

Imaginum) Id quod hodie cessat, quia nobilitas non est arbitrii priuatorum, sed a solo summo imperante conceditur. Id quod etiam obseruandum est de successione in feuda. Vid. *2. Feud. c. 26.* Conf. I. PETR. de LVDEWIG. *Differt. de nobilitate adoptiua.*

§. 184.

Sufficiat) Filii consensus ideo non requiritur, quia nec deteriorem facit conditionem suam, quippe qui iam antea patris potestati sub-

ſubiectus, et praeterea in dominio patris conſtitutus eſt. Dominum autem etiam inuitum rem alienare poſſe, nullum eſt dubium.

§. 185.

Fiebat) Immo nec procurator poterat interuenire, ob ea, quae de legis actionibus et actibus legitimis adnotauimus ſupra §. *70.* Quamuis ergo hodie actiones eiuſmodi legis fere ignoremus: concluſiones tamen, quae inde promanant, etiamnum in uiridi ſunt obſeruantia.

§. 186.

Extraneos) Sequutus eſt Iuſtinianus praeſumtionem naturalem, ſecundum quam in auum non cadit ſuſpicio, eum liberos priuatos uelle hereditate. Extranei contra paullo frigidius amant aliorum liberos, adeoque facilius adduci poſſunt, ut eos emancipent, uel exheredes ſcribant. Eo caſu uero adoptiuus plane excideret utriuſque parentis hereditate.

§. 187.

Alumnos) Quod falſum eſſe uel inde apparet, quod eiuſmodi adoptiui et in Germania ab inteſtato ſuccedunt, et non pro arbitrio expelli poſſunt domo et familia, cum utrumque in alumnis plane aliter ſeſe habeat. Inde dicendum, per adoptionem apud nos non quidem patriam poteſtatem iuris Romani, ſed tamen iuris Germanici omnino transferri.

§. 188.

§. 188.

Cognitione) Ex quo patet, eiusmodi unionem prolium fieri non posse priuatim, multo minus coram parocho uel notario, sed semper requiri competentiam iudicis, quia caussae cognitio et decretum sine tribunali non intelligitur.

TIT. XII.

QVIBVS MODIS IVS PATRIAE POTESTATIS SOLVITVR.

§. 190.

Quiritarium) Id non sine ratione additur, quia dominium non solum modis naturalibus amittimus, sed et modis lege ciuili definitis, e. g. capitis deminutione, mancipatione, cessione in iure, quos modos omnes ius naturae ignorat.

§. 191.

Recidere) Conferri hic meretur *L. 198. §. 2. D. de uerb. signif.* ubi ex instituto docetur, quomodo mortuo parente, singula capita singulas familias inchoent. Ceterum cum apud nos filii ducentes uxorem tacite plerumque exeant patria potestate, rarior apud nos casus est, quod nepotes sint in potestate aui, et mortuo demum auo in patris potestatem recidant.

§. 191.

Filii) Tunc uero amittitur quidem patria potestas iuris ciuilis, non autem iuris gentium.

um. Quin et illa restituitur, si quis a republica plenam restitutionem impetrarit. *L. 1. C. de sentent. pass. et restit.*

§. 192.

Soluat) Quamuis enim filius familias in caussis publicis pro patre familias habeatur *L. 9. D. de his, qui sunt sui uel al. iur.* magna tamen differentia est inter duas hasce locutiones, *in caussis publicis pro patre familias haberi*, et *propter dignitatem uel caussam publicam patrem familias fieri.* Prius uerum est, non autem posterius.

§. 193.

Patriciatus) Cum enim patricii essent primarii Imperatorum administri, quos ueluti patres uenerabantur principes, parum conuenire eorum dignitati uidebatur, quod adhuc subesse tenerentur patriae potestati. Ludit in hanc fictionem CLAVDIAN. *in Eutrop. II, 49.*

Ereptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poteras principis esse pater.

§. 194.

Liberos) Et quidem ter, quia ter uenumdatus et manumissus deinde immunis a patria potestate erat. §. 138. Vt tamen non emtor filii imaginarius, sed pater naturalis iura patronatus retineret, hic tertiae uenditioni addebat pactum, ut emtor sibi filium remanciparet, quo facto ipse pater illum remanumittebat.

§. 197.

§. 197.

Voluit) Tales emancipationes hodienum fiunt non modo in camera imperii, si e. g. pater aduersus filios uelit actionem instituere, sed et in emporiis potissimum, ubi patres plerumque emancipant liberos, si ab his officinam uel tabernam mercatoriam uelint institui.

§. 198.

Poenam) Quemadmodum enim in poenam ipsa bona in fiscum redigi possunt, ita et non mirum, si parentes dominio priuentur poenae caussa. Quin aliquando euenit, ut et per restitutionem in integrum patria potestas soluatur, si impubes adrogatus, pubes desideret emancipari. *L. 32. D. de adopt.*

§. 199.

Oeconomiam) Filiae nimirum patria potestate exeunt regulariter per nuptias, quia transeunt in aliam familiam, filii autem per seperatam oeconomiam, si sua quadra uiuere incipiunt, quia tunc finis patriae potestatis cessat, nempe educatio.

§. 200.

Actis) De his liberis MEVIVS commendat axioma: *liberi separati pro mortuis habentur.* Id quod intelligendum ratione reliquorum liberorum non separatorum. Nam quod ad reliquos agnatos et cognatos attinet, iis non minus succedunt, ac non separati.

TIT.

TIT. XIII.
DE TVTELIS.

§. 202.

Tutela) De hac perpetua feminarum Romanarum tutela dissertationem edidit E V. OTTO, ubi simul originem et naturam tutelae feminarum Germanicarum illustrauit.

§. 203.

Potestas) Potestatem hic non intelligimus adquisitiuam, ceu uocant ICti, sed administratoriam, adeoque sensus non est, pupillos ita in potestate tutorum esse, ut hi per pupillos adquirant, sed ut actiones et bona eorum dirigere et administrare possint. Vid. *L. 215. D. de uerb. signif.*

§. 204.

Publicum) Non uero officium, siquidem hoc et sponte obimus, et illud consequuti dignitate quadam augemus, et denique salarium consequimur, quae omnia secus se habent in muneribus publicis, de quibus eleganter differit CVIACIVS *Paratitl. D. tit. de mun. et bonor.*

§. 205.

Suscipiant) Obstare hic uideri posset *L. 21. D. ad leg. Iul. de adult.* ubi dicitur, *in sua potestate non uideri habere, qui non est suae potestatis.* Sed facilis est responsio ex iis quae

quae monuimus ad §. 201. tutelam nempe esse potestatem tantum administratoriam, cum textus loquatur de potestate adquisitiua.

§. 206.

Loquendi) Cum uero haec uitia uel coniuncta sint, uel discreta, hic intelligitur coniunctum, adeoque nihil impedit, quo minus surdus tutor esse possit, modo loquendi facultate polleat.

§. 207.

Detur) Hinc facile patet, impuberi sponsalia celebraturo auctorem fieri debere tutorem, cum in sponsalibus minorennium consensu curatorum non sit opus. Quin ex eo quoque colligendum, si pacta dotalia celebrent impuberes et minores, tum tutorum tum curatorum consensum requiri, quia tunc de re agitur. Vid. *L. 8. C. de nupt.*

§. 209.

Ad fin.) Vnde iure Romano exsulat tutela pactitia, quia omnia pacta successoria eo iure prohibita erant *L. ult. C. de pact.* Nec obstat §. *9. Inst. de excus. tut.* Non enim ibi dicitur tutorem pacto posse constitui, sed si testatori patri promiserit se tutorem fore, nullam tunc admitti eius excusationem.

TIT.

TIT. XIIII.

QVI TESTAMENTO TVTORES DARI POSSINT.

§. 210.

Confirmatis) Quamuis enim alias heres institui non possit codicillis, ac proinde colligendum inde uideatur, nec tutorem hoc modo dari posse: aliud tamen propterea placuit, quia haec tutela quodammodo fideicommisso aequiparari potest, quod codicillis quoque relinqui posse, nemo dubitat.

§. 212.

Futuri) Fluit hoc ex regula notissima, quae in *L. 2. D. de stat. hom.* occurrit, nasciturum, quoties de eius fauore agitur, pro iam nato haberi. Si tamen pater generatim liberis tutorem constituerit, plures existimant, non ideo statim intelligendos etiam esse postumos, quia his per praetorem prospici potest.

§. 213.

Incerta) Quamuis enim hereditas hodie relinqui possit personae incertae, dummodo ex post facto certior fieri possit: in tutoris tamen datione id indulgere noluerunt legislatores, quia personae industria eligi debet, id autem fieri nequit in persona incerta.

§. 215.

Magistratus) Confirmatio hic accipitur pro eo actu, quo defectus, quo laborat alias negotium,

tium, a magistratu tollitur. Quo sensu hoc uerbum accipitur in *L. 57. D. de rit. nupt.* itemque in *L. 38. D. de adopt.* Vnde haec confirmatio a nostri temporis confirmatione plane differt.

§. 216.

Dederit) Pater enim semper praesumitur optimum consilium pro liberis capere: ea uero praesumtio non statim cadit in matrem uel extraneos. Vnde non mirum, datos ab his tutores non nisi cum inquisitione confirmari.

TIT. XV.

DE LEGITIMA AGNATORVM TVTELA.

§. 218.

Agnati) Solon hic aliter philosophabatur, et tutelam cognatis, administrationem bonorum agnatis deferebat, quia hi facile ueniunt in suspicionem, quod habere hereditatem malint, quam exspectare. Vid. SCHILTER. *Prax. iur. Rom. ad h. t.*

§. 220.

Gentiles) Hi ita differunt, quod agnati sint ex eadem linea, gentiles ex eadem gente, sed ex diuersis lineis: unde agnati habebant unum cognomen; gentiles contra unum tantum nomen, a gente nimirum, ex qua descenderunt.

Nan-

Nanciſcantur) Quod tamen ſecus ſe habet in Saxonia, ubi itidem agnati excludunt cognatos, ex pluribus tamen eiuſdem gradus ſenior reliquis praefertur.

§. 221.

Soleat) Beneficiis enim ſuis iurató non renunciat mulier, niſi quoties pro marito intercedit contra *Auth. Si qua mulier C. ad SC. Velleian.* Neceſſaria tamen eſt certioratio, quam uocant practici, ut mulier doceatur, in quonam iura mulierum conſiſtant.

TIT. XVI.

DE CAPITIS DEMINVTIONE.

§. 224.

Mutatio) Caue uero hic intelligas ſtatum dignitatis, (eo enim amiſſo nemo capite minuitur) ſed ſtatum libertatis, ciuitatis et familiae DONATVS *ad* TERENT. *Eunuch.* IIII, 7, 35. obſeruat, Terentium hos tres ſtatus eleganter coniungere in uno hoc uerſu.

Dico eam eſſe liberam, ciuem Atticam, meam ſororem.

§. 225.

Oportet) Sunt tamen loca, ubi duplex tantum ſtatui uidetur capitis deminutio.

Sed iam GER. NOODT. *Probabil. I, 12.* et *Obseru. II, 21.* obseruauit, saepe ueteres trimembres diuisiones commutare in bimembres, et tunc duo priora membra in unum contrahere.

§. 226.

Poenae) Cum enim lex Porcia et uerbera et supplicia capitalia a ciue Romano abesse iussisset, teste LIV. X, 9. fingebant Romani, eos, quos capitis damnabant, per ipsam feralem sententiam libertate priuari, seruosque poenae fieri, ut supplicio affici possent. Vid. GER. NOODT. *Probabil. III, 12.*

§. 227.

Relegati) Hi ergo et ciues manebant, omnesque facultates saluas habebant, cum utrumque secus sese haberet in exsulibus. Hinc de edicto Augusti Caesaris OVID.

Quippe relegatus, non exsul dicor in illo.

§. 229.

Idem fit) Minimam ergo adhuc patiuntur arrogati et legitimati, quia homines sui iuris esse desinunt: non autem emancipati, quia apud nos cessat imaginaria ista uenditio, ob quam capite minui dicuntur iure ueteri in *L. 3. §. 1. D. de capit. minut.*

TIT.

TIT. XVII.
DE LEGITIMA PATRONORVM TVTELA.

§. 232.

Extra usum est) Si enim hominibus propriis, eorumque liberis, tutore opus est: id munus non ipse nobilis suscipere solet, sed alium ex propriis hominibus constituit tutorem, tamquam dominus iurisdictionis: unde haec tutela apud nos nullius usus est.

TIT. XVIII.
DE LEGITIMA PARENTVM TVTELA.

§. 235.

Fiducia) Fiducia haec erat pactum tertiae uenditioni uel mancipationi adiectum, quo pater ab emtore filii sibi stipulabatur, ut uenditum filium sibi remanciparet, id est, retro uenderet, ut ipse potius manumitteret, quam emtor, et sic in filium iura patronatus retineret. Conf. celeb. CONRADI *Dissertatt. de pacto fiduciae.*

§. 236.

Reliquiis) Cuius fundamentum re uera est successio, quae patri debetur tamquam proximo agnato. *Nou. CXVIII. c. 2.* Id uero singulare est in Germania, quod ibi pater possit

 esse

esse tutor filii etiam non emancipati, quoties hic habet bona materna uel alia aduentitia.

TIT. XVIIII.
DE FIDVCIARIA TVTELA.

§. 238.

Ad finem) Frater fratrum uel sororum tutelam hodienum aliquando suscipit. Nec negandum est, tutelam tunc esse legitimam: attamen non fiduciaria est, quia non proficiscitur ex iure patronatus, sed legitima agnatorum.

TIT. XX.
DE ATILIANO TVTORE, ET EO, QVI EX LEGE IVLIA ET TITIA DATVR.

§. 239.

Dantur) Vnde rectius dicitur, tutorem testamentarium, a magistratu confirmatum, manere testamentarium, quia per confirmationem tollitur uitium testamenti: sublato uero uitio tutor testamento iure datus censetur. Qui iure testamento dati sunt testamentarii. *L. 3. §. 1. D. de testam. tutel.*

§. 204.

§. 240.

Lege) Neque enim omnes magiſtratus dabant tutores, ſed illi demum, quibus ſpeciali lege hoc demandatum erat. Vnde etiam tutoris datio dicitur actus iuriſdictionis extraordinarius. Vid. infra §. 1324.

§. 241.

Ad finem) Differunt hae leges in eo, quod Atilia pertineret ad pupillos urbanos, Iulia et Titia ad prouinciales. Illis tutores dabant cum maiore parte tribunorum plebis, his prouinciarum praeſides, praeter Siciliam, cui ipſi quoque praetores praeeſſe ſolebant, quod et de Sardinia, Hiſpania, et Gallia dicendum. *L. 2. §. 32, D. de orig. iur.*

§. 242.

Data eſt) Hodie tutoris datio ordinariae iuriſdictionis eſt, adeoque cuiuis magiſtratui competit in territorio ſuo, quamuis non omni ſed ciuili ſaltim iuriſdictione polleat.

§. 243.

Mandari) Ratio eſt, quia actus extraordinariae iuriſdictionis mandata iuriſdictione non transferuntur. Obiici poſſet §. 4. *Inſt. h. t.* ubi magiſtratus dicuntur tutores dare iuſſu praeſidum: ſed ſatis notum eſt, iuſſum a mandato quam maxime diſcrepare. Hodie experientia docet, iuſtitiarios, quos uocant, etiam tutores dare, quamuis mandatam tantum habeant iuriſdictionem.

§. 244.

Ad finem) Vnde praeclare HVBERVS in *Praelect. ad h. t.* §. 2. hanc tutelam datiuam distinguit in perpetuam et temporariam, quorum illa locum habet, quoties nec testamentarius, nec legitimus adest; haec, quando adest quidem, sed ita, ut administrare non possit propter aliquod impedimentum.

§. 245.

Conditione) De conditione tamen hic non habetur, quod exprimit praetor, cum per se iam intelligatur, e. g. do te tutorem si satis dederis. Quin hodie haec tam scrupulose non solemus obseruare.

§. 246.

Constituendi) Est haec conclusio ex principio Germanorum, quod principes et magistratus sint supremi pupillorum tutores. Interest ergo eorum, ne inhabiles suscipiant administrationem.

TIT. XXI.
DE AVCTORITATE TVTORVM.

§. 248.

Agit) Nondum enim infans pro persona haberi potest, quia nondum pollet usu rationis. Contra infantia maior dimidia saltim persona est. Id uero, quod deest personae, omnino

omnino supplendum est per tutorem, quod dum facit, auctoritatem ab augendo dictam interponere dicitur.

§. 250.

Ad finem) Hodie cum non amplius haereamus actibus legitimis, tutores auctores etiam absentes fieri possunt, etiam per epistolam, immo et eo interuallo per ratihabitionem, modo uerus adsit tutoris consensus, qualis etiam an sit obdormientis, eleganter disquiritur *L. 14. D. h. t.*

§. 251.

Licet) Ceterum meliorem hic facere conditionem suam dicitur, cui alius obligatur, deteriorem, qui se alteri obligat. Vnde facile patet, cur pupillus sine tutoris auctoritate ne tunc quidem adire possit hereditatem, quando ista lucrosa est. *§. 1. Inst. h. t.*

§. 252.

Pupillum) Nec interest, in bona fide sit pupillus, an in mala. Vna tantum est exceptio, si pupillus ex huiusmodi contractu factus sit locupletior: tunc enim omnino tenetur ex regula quasi contractuum: *nemo debet cum alterius damno locupletior fieri.* Vid. *L. 5. D. h. t.*

§. 253.

Legatariis) Habes hic duplex obligationis fundamentum. Creditoribus enim heres obligatur ex uero contractu, quem defunctus iniit, e. g. mutuo, deposito, legatariis autem

et fidei commiſſariis ex quaſi contractu adi- tionis. Vnde naſcitur actio perſonalis ex te- ſtamento. Vid. infra §. 985.

§. 255.

Pupillum) Quod hodie fieri non poteſt, quia lis inter tutorem et pupillum eſt iuſta cauſſa et excuſationis, et remotionis, etiamſi lis tantum imminent.

§. 256.

Proximus) Immo hodie uix ullum diſcrimen eſt inter tutorem et curatorem, quia maiores noſtri inter hos non diſtinxerunt, immo ne uocabula quidem habuerunt, quibus hos diſtinguerent. Vid. G. BEYER. Diſſert. eleg. *de hodierna tutor. et curat. different.*

TIT. XXII.

QVIBVS MODIS TVTELA FINITVR.

§. 258.

Succedant) Quod uel inde patet, quia heredes a tutore teſtamento inſtituti eius tutelam non accipiunt. Id quod fieri neceſſe eſſet, ſi tutela tranſiret ad heredes.

§. 259.

Media) Minima non item, quia et filius familias ratione munerum publicorum pro patre

patre familias habetur, et sic tutor esse potest. Nec obstat *L. 29. D. de excusat.* nam ibi sermo est de excusatione necessaria, quae tutelam impedit, si uel maxime uelit tutor esse.

§. 261.

Finiatur) Non aûtem legitima, quia illi in lege nulla conditio, nullusque dies adiectus est. Multoque minus hoc pertinet ad tutelam datiuam', quae est actus legitimus, adeoque nec diem, nec conditionem admittit. §. 255.

§. 263.

Ad finem) Quamuis ergo hae actiones ratione finis et effectus maxime differant: tamen in eo conueniunt omnes, quod sint famosae, adeoque tutor ob dolum admissum infamis fiat, quia et quasi contractus tutelae famosus est. *L. 1. D. de his, qui not. infam.*

§. 264.

Cognatorum) Ergo rarior apud nos est actio tutelae, nec ea tamen penitus exoleuit, sed et hodie institui potest, si tutor finita tutela rationes nondum reddidit, quod magistratuum conniuentia saepissime accidere solet.

TIT.

TIT. XXIII.
DE CVRATORIBVS.

§. 265.

Procurator) Differunt tamen hodie, quod procurator non intelligitur ſine mandato domini, cum curatorem accipiant, etiam qui non poſſunt mandare, e. g. furioſi, immo etiam ignorantes, ueluti abſentes.

§. 267.

Curator) Cum tutorem habenti tutor dari non poſſit. Ratio eſt, quod quia iſta officia circa obiecta diuerſa uerſantur, omnino ſimul et una locum habent, quo perſonae defectus ſuppleatur. Ceterum ſupra uidimus, eiuſmodi curatorem dari debere, ſi pupillo cum tutore controuerſia intercedat Vid. §. 255.

§. 268.

Furioſi) Quamuis uero curatorum horum auctoritas ceſſet, quoties dilucidum ſit furoris interuallum, *L. 6. C. de curat. furioſ.* non tamen durante hoc interuallo ſtatim tollitur curatela, ſed tantum ſuſpenditur, ſi fortaſſis ſuſpicio ſit, furorem latitare ſub ſpecie inumbratae quietis.

§. 269.

Furioſorum) Hinc cautio haec diſertis uerbis in XII. tabb. non erat inſtituta. ICti tamen eam inde elicuerunt per interpretatio-

nem

nem extensiuam, quia et prodigi furiosum rerum suarum exitum facere solent.

§. 270.

Curatorem) Hinc minorennes inuiti olim curatorem non accipiebant, quamuis lege Laetoria cautum esset, ut praetores petentibus adolescentibus curatores darent caussa cognita. Vid. IVL. CAPITOL. *Marc. Antonin. c. 12.*

§. 271.

Potest) Vere ergo et iure nouo adolescentes non nisi petentes curatorem accipiunt, quamuis callide Antoninus inuenerit rationem adolescentes per indirectum cogendi, ut curatores peterent, dum scilicet illis rerum administratio non committebatur, priusquam curatorem petiissent *L. 1. §. 3. D. de minor.*

§. 272.

Omnes) HVBERVS in *Praelect. ad h. t. §. 1.* obiicit nobis *L. 7. §. 2.* itemque *L. 3. C. de in integr. restit. min.* ex quibus pateat, minores non numquam sine curatore fuisse; sed quamuis id aliquando de facto fiat, nondum tamen statim inde concludendum est ad ius. Contingere enim potest, ut et pupilli sine tutoribus sint, si forte cognati paullo negligentiores sunt in petendis tutoribus.

§. 273.

Confirmatur) Cumque confirmatio sit actus, quo defectus rei tollitur, consequens est, ut

ut facta hac confirmatione eius modi curator uere sit testamentarius, ob ea, quae diximus supra §. *215. in fine.*

§. 274.

Tutores) Si tamen curator datur ad bona immobilia administranda, illum dabit non iudex domicilii, sed rei sitae, quia curator non personae, sed rei datur.

§. 275.

Impetrauerit) Quae concedi solet adolescentibus, saltim XVIII. annis non minoribus, qui testimonium a magistratu obtinuerunt uitae frugalis et modestae. Ceterum etiam, qui ueniam aetatis sunt consequuti, aliquando petere possunt restitutionem in integrum, si in alienatione rerum immobilium grauiter sunt laesi.

§. 276.

Vtiles) Quemadmodum actiones, quas praetor per interpretationem legis introducit, actiones in factum appellantur. Insigne eius rei exemplum habemus infra *libr. IIII. tit. 3. §. 1094.*

§. 277.

Distinguitur) Vnde hic actor personam suam legitimat non modo mandato a curatore accepto, sed et ipsius curatoris curatorium ad acta dare tenetur. Vnde formula: Er wolle zur Legitimation seiner Person nicht nur beygehende Vollmacht sub A, sondern auch

auch seines Constituenten curatorium sub B. ad Acta gegeben haben.

TIT. XXIIII.

DE SATISDATIONE TVTORVM VEL CVRATORVM.

§. 279.

Aestimatio). Illud mirabile, in *Recessibus imperii de ann. 1548. et 1577.* non modo exigi cautionem fideiussoriam, sed et simul iuratoriam, cum tamen alias duplici cautione nemo soleat onerari.

§. 281.

Creduntur) Sed obiici posset *L. 5. D. de confirm. tut.* ubi legimus, tutorem testamento datum nihilo minus cauere. Sed resp. illo textu tutorem non esse datum a patre, sed a patruo, in quem non cadit tanta praesumtio diligentiae, quantam adhibere solet pater, quoties de filii salute agitur.

§. 282.

Honorariis) Distingue itaque tutores, in gerentes, qui administrant, honorarios, qui inspectionem in reliquos habent, et ad notitiam datos, qui gerentes et honorarios tantum instruunt, quales inter personas illustres sunt consiliarii uiduae adiuncti, die Vormundschaftsräthe.

§. 283.

§. 283.

Stipulatur) Cum uero apud nos pactum tantumdem ualeat, quantum ſtipulatio, et hinc fideiuſſores non amplius ſe obligare ſoleant ſtipulantibus, ſed data ad acta obligatione: facile patet, hanc iuris Romani ſubtilitatem nullius amplius uſus eſſe.

§. 284.

Fideiuſſores) Et quidem dati ſemper uidentur in ſolidum, ac proinde etiam in ſolidum conueniuntur, nec habent beneficium diuiſionis, quod alioquin fideiuſſoribus competit. Vid. *L. 7. ſeqq. D. de fideiuſſ. et nominat.*

§. 285.

Minor) Maior non tenebatur, quia tutores dabat cum inquiſitione, ac proinde plane non admittebat fideiuſſores. Ex quo patet, hodie hanc actionem locum habere aduerſus omnes magiſtratus, qui fideiuſſores minus idoneos admiſerunt.

§. 286.

Vſum eſſe) Quia ſcilicet hodie fideiuſſores non ſolent dari. Interim actio ſubſidiaria tunc hodie locum habet, quando magiſtratus ipſum tutorem parum idoneum dedit, e. g. immobilia non poſſidentem, uel multo aere alieno oppreſſum.

TIT.

TIT. XXV.

DE EXCVSATIONE TVTORVM VEL CVRATORVM.

§. 288.

Probibet) Verum ergo diſcrimen in hoc potiſſimum conſiſtit, quod excuſationibus uoluntariis poteſt renuntiari, neceſſariis non poteſt. Sic e. g. ob numerum liberorum poteſt aliquis tutela excuſari, non prohibetur tamen renuntiare huic priuilegio ſuo. Contra ſi minorennis uelit tutor fieri, prohibetur omnino, ſi uel maxime excuſatione iſta uti nolit.

§. 289.

Sunt) Atqui naſcituri alias pro natis habentur. Reſp. regulam hanc procedere, quoties de ipſorum naſciturorum commodo quaeritur, hic autem de commodo non liberorum, ſed parentum quaeſtio eſt.

§. 290.

Principalis) Haec excuſatio apud ueteres Romanos erat uoluntaria tantum, quia, quamuis bona fiſco iam oppignorata eſſent, pupillo tamen proſpici ſoleat per fideiuſſores datos. Hodie autem cum rari ſint fideiuſſores a tutoribus dati, haec excuſatio merito pro neceſſaria habetur. Vid. HVBER. *Praelect. Inſt. b. t.* et *Pand. ad tit. de iur. fiſc.* §. 2.

§. 291.

Reuerterunt) Vocatur hic annus uacationis, qui etiam ueteranis dabatur, postquam missionem honestam obtinuerant. Immo durante hoc anno uacationis etiam testamentum militare ualebat, ceu ostendimus infra *tit. de milit. testam.* §. 506.

§. 292.

Medici) Etiam circulatores: per quos tamen non intelliguntur circumforanei, sed isti, qui praxin medicam exercent, eiusque caussa per urbem circulantur. Eleganter hanc *L. 6. §. 2. h. t.* explicauit AEGID. MENAG. in *Amoenit. iur. ciu. c. 35.*

§. 293.

Paupertas) Et talis quidem, ut periculum sit, ne esuriat tutor, si tempus tutelae administrandae impendere deberet. Cum uero olim haec excusatio esset uoluntaria, quia quis dare poterat fideiussores, hodie pro necessaria habetur, quia ipsi non sunt facultates, in quibus pupillus habere posset tacitam hypothecam.

§. 294.

Cupiunt) Facile enim est ad existimandum, tutorem eiusmodi hominibus sermonem de se daturum, ac si ideo tantum tutelam susceperit, ut uindictam capiat a pupillo, quam intercepit mors parentis. Quin facile posset contingere, ut quis ideo eum suspecti accusatione fatiget, quod itidem famam honesti uiri sugillat.

§. 295.

§. 295.

Suscipiat) Immo ne sponsus quidem sponsae curator potest fieri, *L. 1. §. ult. h. t.* Iure Germanico maritus est regularis curator uxoris suae, et ab hac ipsa curatela est, quod usu fructu gaudeat in omnibus bonis paraphernalibus uxoris suae.

§. 296.

Gesta) Etiam in prouinciis Prussicis per dispositionem *ordinationis tutelaris*. Alias in Germania qui tutor fuit, administrationem etiam tamquam curator continuare solet, ob ea quae diximus §. 278.

§. 297.

Reiiciantur) Aliud ergo, si pro sufficientibus postea declarentur: tunc enim nec periculum ad eum pertinet. Semper enim hic sententia retrotrahitur ad tempus, quo tutor est constitutus.

§. 298.

Reiectionis) Ratio est, quia appellationi non est locus, nisi ubi quis per sententiam grauatus sit. Sola autem tutoris datio neminem grauat, sed decretum reiectionis.

TIT. XXVI.
DE SVSPECTIS TVTORIBVS ET CVRATORIBVS

§. 301.

Officio) Obseruatum iam est ab HVBER. *Pract. ad h. t. §. 5.* fidem hic denotare officium.

Et quamuis alii obiiciant §. 5. *Inst. h. t.* tamquam suspectum remoueri posse, etiam qui nondum tutelam susceperit, resp. tamen, et id contra officium esse, quia ad officium tutoris pertinet gerere.

§. 303.

Mandatam) Proprie ergo uel ideo non est publicum delictum, quia 1.) nec securitas publica laeditur; nec 2.) supplicium publicum imminet, nec 3.) res in foro criminali tractatur. Quandoquidem tamen promiscue omnes etiam, quorum non interest, suspectum tutorem accusare possunt, merito dicitur quasi publicum crimen.

§. 304.

Contutores, liberti) Et hi quidem ex necessitate tenentur accusare, quia illi alioquin participes sunt periculi, hi tamquam inofficiosi emendantur. In reliquorum arbitrio positum est, accusare uelint, an nolint.

§. 305.

Possint) At non tamen in testamentarios et a maioribus datos magistratibus suspicio cadit. §. 281. Tu responde: non cadere in illos praesumtionem perfidiae et negligentiae, cadere tamen in eos actionem suspecti, si contrarium probari possit, quia omnis praesumtio cedit ueritati.

§. 306.

§. 305.

Reus sit) Nec noua est haec thesis, nec auctori huius libelli propria, quippe quam dudum defenderunt, tum alii, tum HVBERVS in *Prael. ad h. t.* §. *6.* Ratio quoque, cur hoc statuamus, non tantum quaerenda est in *L.226. D. de uerb. sign.* uerum etiam in eo, quod haec caussa proprie non sit criminalis, sed ex tali delicto descendat, in quod ciuiliter animaduertitur. In his uero delictis culpam latam pro dolo esse, locumque habere infamiam, patet ex *L. 11.* §. *ult. D. de his, qui not. infam.* nec non ex *L. 1.* §. *2. D. si is, qui testam. lib. esse iuss.*

§. 307.

Admissum sit) Hoc etiam in aliis caussis ciuilibus obtinet, ut quotiescumque incidit quaestio criminalis, res remittatur ad iudicem criminalem, et tantisper suspendatur caussa ciuilis, dum criminalis quaestio finita sit, e. g. si in caussa cambiali incidat quaestio de falso.

§. 309.

Accusationes) Immo hodie uix per modum accusationis haec caussa tractatur, sed plerumque magistratus procedit ex officio, si quis rem per modum denunciationis ad illum deferat.

LIBER II.

TIT. I.

DE RERVM DIVISIONE, ET ADQVIRENDO EARVM DOMINIO.

§. 311.

Refertur) Eo sensu et Graeci omnes hominis facultates, quae pecunia aestimari possent χρήματα uocantur, obseruante hoc ARISTOT. *ad Nicomach.* IIII, 1.

§. 313.

Iuris) Res diuini iuris pertinebant ad notionem pontificum, humani iuris ad notionem magistratus. Sic e.g. si de uendendo agro in usum sepulturae quaestio esset, ea a magistratu decidebatur. Sin de transferendis reliquiis quereretur, res referenda erat ad pontifices, quorum munia postremis temporibus princeps ad se traxit.

§. 314.

Consecratae) In hoc consistit essentia rerum sacrarum. Hinc est, quod is pro sacrilego non sit habendus, qui pecuniam in templo reconditam suffuratus est, quia pecunia ita consecrari non solet. Contra pro sacrilego habetur, qui rapuit calicem, uel alia uasa sacra, quia ista ex principiis iuris canonici consecranda sunt.

§. 315.

§. 315.

Liberata sint) De qua superstitiosa sacrorum euocatione ritibusque in ea obseruatis elegantes exstant dissertationes HENR. COCCEI esto GVIL. BERGERI.

§. 316.

Faciebat) Vnde recte obseruat GELLIVS *Noct. Attic. IIII, 9.* religiosum dici locum a relinquendo, quia ager, in quantum religione occupabatur, non colendus, sed relinquendus erat. Hinc in epitaphiis Romanorum certum designari uidemus pedum numerum, quantum locus religiosus sit in porrectum et in frontem.

§. 317.

Posse) Quae hodienum solet institui in consistoriis nostris, si quis in alterius sepulcro hereditario cadauera sua sepelierit, cum nec possessionem, nec ius pro se allegare possit.

§. 319.

Plectendos) At mitiora sunt nostra saecula, quibus distinguitur, munimenta quis uiolarit, an alterius oppidi moenia, itemque utrum id hostili animo fecerit, an alia de caussa. Immo quod apud nos etiam principum palatia, aliaque aedificia publica, poenali quadam sanctione muniri solent, quam uocant den fürstlichen Burgfrieden. Vid. IOH. SAM. STRYKII *Dissertatio de sanctitate residentiarum Principis.*

§. 321.

Cognitione) Pro alienatione etiam habetur infeudatio. Ex eoque colligunt canonistae, ne episcopum quidem sine capituli consensu infeudare posse praedium ecclesiasticum, nisi sit res infeudari solita.

§. 323.

Commercio) Hinc frequentissime uideas, sepulcra hereditaria titulo emtionis a familia in familiam transferri, quamuis non temere quisquam eius modi sepulcra in alium usum concessurus sit, ipsa suadente quodammodo pietate, ne sepultorum ibi cadauerum cineres minus reuerenter habeamus.

§. 324.

Singulorum) Fundamentum huius diuisionis in philosophia Stoica quaerendum, secundum quam ciuitates uel respublicae diuidebantur in *uniuersalem maximam* Deorum et hominum; *maiores* integrarum gentium; et *minores* denique societatum minorum, uel uniuersitatum. Cum ergo ciuitates debeant habere sua bona, eaque ad uniuersalem pertinebant, uocabant *res communes;* quae ad maiores, *publicas;* quae ad minimas, *uniuersitatis.*

§. 326.

Maris) Id tamen hodie omnino mutatum, quia et maria sunt in dominio principum et rerumpubl. et littorum usus non promiscue omni-

omnibus conceditur, adeo ut Angli a Batauis retia exſiccantibus canonem aliquem exigere ſoleant in recognitionem dominii.

§. 327.

Vniuerſitate) Saltim non gratuitus; ſic ſaepe et molae pertinent ad patrimonium uniuerſitatis, et ſinguli ciues uti quidem mola poſſunt, immo non numquam tenentur; ſed obſtricti tamen ſunt ad mercedem praeſtandam.

§. 328.

Vindicent) Populus enim pleraque haec imperantibus conceſſit, partim quia commode diuidi non potuerunt, partim quia ſi ſinguli his rebus uti uoluiſſent, procul dubio uſus in abuſum degeneraſſet, periculumque fuiſſet, ne integrae ſpecies creaturarum exſtingueretur.

§. 329.

Fictionem) Qua ideo opus fuit, ne, ſi hereditates iacentes plane extra dominium eſſe cenſerentur, quilibet ſibi ſumeret libertatem, illas pro arbitrio expilandi.

§. 331.

Ignorat) Quod uel ex eo patet, quod illud ius ciuile det actiones tum perſonales, tum reales. Plerumque tamen ius in re uocat potius *ius in rem*, ius ad rem uero uocat *ius in perſonam*.

§. 333.

Possidentem) Idem attributum quibusdam etiam actionibus personalibus competit, quae tunc uocantur *in rem scriptae*. Recensuimus illas infra §. 1146. in *schol.* Sunt nempe tales actiones, Paulliana, quod metus caussa, noxales, ad exhibendum, et aquae pluuiae arcendae.

§. 334.

Nequeat) Quin recte obseruauit BORNIVS in *dissert. de iure in re*, absurde quaeri, sitne possessio ius in re, an ad rem, cum haec diuisio proprie pertineat ad iudicia petitoria.

Nihilominus tamen facile demonstrari potest, analogiae iuris repugnare thesin, quae possessionem iuribus in re accenset, modo conferas §. 333. et consideres, an possessio ista attributa habeat.

§. 335.

Disponendi) Haec uero dispositio tria potissimum iura complectitur, 1.) ius alienandi, 2.) ius omnes fructus percipiendi, ac 3.) ius excludendi alios usu eiusdem rei. Quod ultimum differentiam specificam facit inter dominium et communionem.

§. 336.

* *Quiescens*) Exceptus tamen est casus, si maritus ad inopiam uergat. Tunc enim et constante matrimonio uxor potest dotem repete-

petere, ea tamen lege, ut non modo se ipsa exhibeat, uerum etiam marito usumfructum non deneget, si ad meliorem fortunam peruenerit.

§. 337.

Dicitur) Differunt haec iura, quoad uasallus obstrictus est, ad fidelitatem, emphyteuta ad canonem soluendum, superficiarius denique ad solarium praestandum, et quidem non tamquam mercedem, sed in recognitionem dominii; unde et haec pecunia non solet fructibus proportionata esse.

§. 339.

Habilis) Praeterea etiam requiritur caussa perpetua et irreuocabilis, adeoque dominium transferri non potest per mortis caussa donationem, quam diu donator uiuit. *L. 13. pr. D. de mort. causs. donat.*

Adiudicato) Hic distinguendum, an mihi res adiudicata sit ex iudicio familiae herciscundae, communi diuidundo, et finium regundorum, an uero ex alia actione. Priore casu statim sum dominus etiam sine traditione; posteriore adiudicatio mihi tantum attribuit titulum, non ipsum dominium.

§. 340.

Nanciscimur) Vnde modi adquirendi iuris naturae et gentium sunt uniuersales, et apud

apud omnes gentes iidem: contra qui ex iure ciuili nascuntur, aeque uariant, ac ipsum ius ciuile, quod uel exemplo usucapionis patet.

§. 341.

Traditio) Ex quo simul patet, iure naturae ne posse quidem esse, plures adquirendi modos. Aut enim rem adquiro nullius, aut iam in dominio constitutam. Si nullius: tunc uel substantiam adquiro, uel incrementa; priore casu erit occupatio, posteriore accessio; et si dominium ab uno in alterum transfertur, traditio.

§. 342.

Abiecta) Intelligitur hic uoluntas rem derelinquendi. Nam si quis intellectu suo ratiocinatur, se rem numquam recuperaturum, ac proinde omnem spem abiicit, non ideo statim rem pro derelicta habuisse censendus est. Quod in primis obseruandum circa bona naufragorum.

§. 343.

Simul) Et tali quidem, qui rei naturae conuenit. Hic cum Antrii et Chalcidenses occupare uellent Acanthum, et illorum legatus iaculum prior misisset in portam, horum uero legatus prior portam ipsam occupasset, et Antrium exclusisset, merito dicendum est, Chalcidenses occupasse urbem. Historia

ſtoria eſt apud PLVTARCH. in *Quaeſt. Graec. 30.*

§. 345.

Nullius ſunt) Niſi leges publicae obſtent. Pleriſque enim locis ferae, adeoque et ius uenandi illas, ceſſerunt principi, adeoque nemo uenari poteſt, niſi cui princeps conceſſit, ſiue per inueſtituram, ſiue per modum priuilegii.

§. 346.

Alienis) Quod hodie non amplius obtinet, niſi quod uulneratam feram etiam in alienum fundum perſequi poſſum. Ceterum ius in hac 2. concluſione propoſitum etiamnum locum habet in perſecutione examinum.

§. 347.

Recuperare) Adqui ſeruus fugitiuus non dicitur recuperare libertatem priſtinam, ſed potius furtum ſui ipſius admittere. Ratio in promtu eſt, quia fugitiuus ſcit, ſe ad alium pertinere, ac proinde fraudulenter ſe ſubtrahit alterius dominio: de fera autem beſtia haec dici nequeant.

§. 348.

Ceperint) Quo etiam pertinent naues, quae ſumtibus priuatorum armantur, ut res hoſtiles intercipiant, quae uocantur hodie Capers, Commißfahrer. Quidquid enim in ſuam redigunt poteſtatem, iſtud iure ſibi uindicant,

modo

modo legitimam portionem praestent collegio nautico.

§. 349.

Postliminii) Id probabiliter inde nomen habet, quia bello capti, si sese in libertatem uindicassent, domum reuersi, non per fores ingrediebantur aedes, (quippe quod mali ominis uidebatur) sed per influuium post limina sese in aedes immittebant. Vid. PLVTARCH. *Quaest. Rom. 5.* it. MENAG. *Amoenit. iur. ciu. c. 39.* Vnde non minus probabilis est etymologia Iustiniani, quasi postliminium dicatur a *post* et *limen. §. 5. Inst. quib. mod. ius patr. pot. solu.*

Obtinet) Et quidem non modo in personis, sed et in rebus, et omnibus quidem, praeterquam armis, quippe quae turpiter amitti a militibus censebantur.

§. 350.

Inuenta) Immo et alia in dominio alterius nondum constituta, quo et metalli fodinas pertinuisse iure Romano, patet ex *L. 7. §. 3. seqq. D. solut. matrim.* sed hodie haec maximam partem in principis fiscum influunt, ex quo receptum est principium Iuris publici, omnia ἀδέσποτα ad principem pertinere.

§. 351.

§. 351.

Inuentus) Quid uero si operarii ad cellam excauandam conducti thesaurum in fundo meo repererint? hi quoque dimidiam partem suo iure sibi uindicant, partim ob *L. 66. D. de rer. diuis.* partim quia eorum operas non ad inueniendos thesauros, sed ad cellam euacuandam conduxi. Vid. BYNKERSHOEK. *Obseru. II, 4.*

§. 352.

Auth. Nauigia C. de furt.) Haec authentica non est ex iure Romano, sed lex Friderici II. imperatoris; cum enim ante eius tempora pleraeque gentes sibi uindicarent ius colligendi bona naufragorum: hic imperator illud abrogauit in Germania, nec non in Italiae prouinciis plerisque, quae sub eius potestate erant.

§. 353.

Venationes) Obseruauit auctor *Speculi Saxonici II, 6.* quod in feris, piscibus, auibusque non possit admitti eius modi furtum, quod laqueo puniatur, eiusque rei rationem hanc reddit, quod Deus sub mundi primordia potestatem homini dederit in omnia animalia; enimuero eodem modo probare posses, nullum plane furem capitis esse damnandum. Vera ergo ratio haec est, quia fures ferarum, auium, pisciumque alienam custodiam non inuadunt.

§. 354.

§. 354.

Diuiditur) Equidem bimembrem hanc diuisionem multi faciunt, ac proinde omittunt mixtam. Vid. HVBERVS in *Prael. ad h. t. n. 32.* Sed cum mixta ab industriali, et caussa et effectu differat, merito singularem accessionis speciem constituit.

§. 355.

Nata) Ergo huc non pertinet casus, si ager, qui iam antea exstitit, diuergente fluuio in insulae formam redigitur, sed si noua insula in flumine emergit, quae antea non apparebat.

§. 356.

Nati) Generalis enim est regula, extra matrimonium semper respiciendum esse ad matrem, quia leges nostrae patrem non statuunt, nisi quem iustae nuptiae demonstrant, *L. 19. D. de stat. hom.*

§. 357.

Accedere) Hodie tamen potius princeps, cuius flumen est, insulam quoque sibi uindicare solet. In Geldria, teste LAMB. GORIS *Aduersar. IIII, 24.* unusquisque potest nouam insulam occupare, modo cum onusto plaustro in illa exscendat, ibique poculum uini hauriat.

§. 358.

* *Arcifiniis*) Agrum aliquem non esse arcifinium et inde discimus, si inter illum et flumen sint aggeres, uel uiae publicae. Tunc enim

enim quod per alluuionem accedit, pertinet uel ad rempubl. ueluti in Frisia die Bill-lante, uel ad uniuersitatem.

§. 359.

Mutare) Interim per inundationem exercitium dominii suspenditur, ac proinde dominus ne piscari quidem potest in illa inundatione. *L. 3. §. 17. D. de adquir. uel amitt. possess.*

§. 360.

Derelicto) Veluti in Ducatu Magdeburgico et Marchia Brandenburgica, ubi non rara est in litteris inuestiturarum mentio Albis ueteris, (der alten Elbe,) per quod nihil aliud intelligitur, quam alueus derelictus.

§. 363.

Dignitatem) Enimuero nullum est dubium, quin scriptura saepe multo maioris pretii sit, quam pictura. Ac proinde in praxi hodie res eius modi adiudicamus illis, quibus probabiliter ob affectionem res pretiosae sunt, eosque condemnamus, ut alteri pretium persoluant, quia in rebus fungibilibus tantumdem est idem. Vid. THOMASII *Differt. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente.*

§. 364.

Exhibendum) Qui ergo gemmam e. g. inclusit annulo, eam debet exhibere, et quidem in eadem caussa, adeoque non inclusam annulo, sed separatam, simulac uero facta sepa-

 ratio,

ratio, gemma poterit a domino uindicari. Vid. HVBER. *Prael. ad h. t.* §. 38.

§. 365.

In duplum) Duplum iſtud exigitur, ſiue quis bona fide aedificauerit, ſiue mala, eo tamen obſeruato diſcrimine, quod bonae fidei poſſeſſor ſoluto duplo fit dominus materiae, cum contra malae fidei poſſeſſor dominium ideo non conſequatur, ac proinde tignum uindicare poſſit, ſimulac aedificium iterum diſſolutum eſt.

§. 366.

* *Militat*) Fundamentum uero huius aequitatis eſt, quod nemo debeat cum alterius damno fieri locupletior. Id quod tamen neceſſario fieri oporteret, ſi bona fide aedificans pretio excideret.

§. 369.

Retineret) Et quidem facile eſt ad exiſtimandum, quid Iuſtinianum in hanc ſententiam adduxerit. Cum enim priore caſu forma non ita inhaereat materiae, ut ſeparari nequeat, materiam praeualere exiſtimauit, cum contra formam praetulerit eo caſu, ubi iſta conſtanter materiae inhaeret, et deleri nequit, ut non ſimul deleatur materia.

§. 371.

Vindicentur) Ita Iuſtinianus ex ea ratione, quod ſingulae particulae commixtae, in ſua ſubſtantia durent, aeque ac ſi pecora Titii

tuis

tuis pecoribus mixta sint. *Dict. §. 28. Inst. h. t.* Enimuero cum pecora mixta facile separari queant, non autem materiae aridae commixtae, ueluti piper et zingiber: aequius est, commiscentem fieri dominum, eumque contemnari ad pretium rei alienae soluendum.

§. 373.

Aestimatur) Quia per radicem arbor succum nutritium attrahit, adeoque re uera substantiae suae incrementum ex terra capit. Ceterum Germani magis respiciunt ad ramos et truncum, quorum situs in sensus quoque incurrit.

§. 374.

Impensis) Et hic quidem nihil interest, siue bona, siue mala fide factum sit. *L. 36. §. ult. D. de heredit. pet.* Nam ne ipse quidem dominus, si fuisset in possessione, messem potuisset percipere, nisi impensas in sationem fecisset.

Egerit) Scilicet in agro uel horto nostro. Alioquin si insita sit amphorae uel urnae, facile una cum ista reddi potest, restitutis tamen impensis.

§. 375.

Iudicant) Hinc si rami communis arboris mihi officiant, et solem intercipiant: arborem sublucare possum ex ea parte, qua mea est.

§. 376.

Nostro) Itaque dici potest, naturalem possessionem niti tantum significatione uocabuli grammatica; ciuilem autem iuridica. Nam nec fructus adiudicant ICti, nec interdicta aliaque beneficia dant, nisi ciuiliter possidentibus, i.e. animo sibi habendi.

§. 377.

Faciat) Percepisse autem dicitur naturales, simulac a fundo separati sunt, pensiones praediorum rusticorum, si dies iam uenerit: denique locaria praediorum urbanorum pro rata temporis percipiuntur.

Percipiat) Quamuis enim in §. *35. Inst. h. t.* bonae fidei possessor fructus suos facere dicatur, *pro cultura et cura:* tamen et naturales curam quamdam exigunt. *Lex* autem *45. D. de usur.* quam quidam hic urgent, huc plane non pertinet, quia maritus in re a coniuge donata non habuit iustum titulum.

§. 380.

Transfert) GROTIVS *de iur. bell. et pac. II, 12. 15.* docet, solam uoluntatem domini etiam sine traditione transferre dominium. Sed id quidem uerum est iure naturae et gentium, non autem iure ciuili, quod iam ipse imperator obseruauit §. *40. Inst. h. t.*

§. 382.

Symbolica) Talis etiam est, quae fit per effestucationem, de qua singularis exstat tract:

FRID.

FRID. ASANDE, nec non per ſcotationem, cuius mentio fit in *c. 2. X. de conſuetud.*

§. 383.

Facta) Fruſtra ergo obiicitur exemplum creditoris pignus diſtrahentis. Illa enim diſtractio non fit nomine creditoris, ſed debitoris, adeoque dominium omnino transfertur, ſi debitor illud habuit. Inde etiam eſt, quod euictio non praeſtanda eſt a creditore, ſed a debitore.

§. 384.

Certae ſint) Sed accuratiores negant, miſſilia adquiri per traditionem, cum commodius haec adquiſitio per occupationem explicari poſſit, ceu patet ex ſcholio huic §. ſubiecto. Quis enim dixerit, pecuniam manere adhuc in dominio architheſaurarii Electoris, antequam unus ex plebe illam occuparit.

TIT. II.

DE REBVS CORPORALIBVS ET INCORPORALIBVS.

§. 386.

Non poſſunt) Scilicet quoad rem ipſam in ſenſus non incurrunt; nam quod ad uſum et exercitium rerum incorporalium attinet, iſte omnino ſenſibus percipitur. Vid. HVB. GIPHAN. *Not. ad Inſt. b. t.*

§. 387.

Incorporalis est) Haec obseruatio insignem utilitatem habet in doctrina de legatis; si enim alicui legata sit pecunia in arca, ea pereunte legatum exspirat; sin legata certa pecuniae summa, non exstinguitur legatum, si uel mille fuerint furto subtracti. *L. 30. §. 6. D. de legat. 1.*

§. 389.

Constituunt) Quo in primis pertinent fixa uincta, quibus opponuntur ruta caesa, quae non in usum fundi perpetuum destinata sunt, e. g. sterquilinium in praedio urbano. Quin analogice etiam res incorporales pro immobilibus habentur, si iunctae sunt et inhaereant rebus immobilibus.

§. 390.

Continentur) Adeoque errat, qui uniuersalem sibi hypothecam putat constitutam oppignoratis rebus mobilibus et immobilibus. Aut enim iurium quoque et actionum expressa facienda est mentio, aut praestat, sine enumeratione partium, constituendam sibi curare hypothecam omnium bonorum praesentium et futurorum.

TIT.

TIT. III.
DE SERVITVTIBVS PRAEDIOR.

§. 392.

Tenetur) Iure ergo Romano numquam seruitutes in faciendo consistunt, sed quoties quis se quid facturum promisit in alterius utilitatem, est haec tantum obligatio personalis. Iure tamen Germanico in faciendo consistunt seruitutes, quae uocantur iura bannaria, qualia sunt die Zwangmühlen, Zwangschenken, Zwangbakofen.

§. 393.

Praedio) Et quidem uel uicino, uel contiguo; seruitutes pleraeque urbanae praediorum exigunt contiguitatem, cum in rusticis aliquando uicinitas sufficiat; contiguitas autem est, quando praedium unum alterum immediate contingit.

§. 394.

Areae) Obseruandum hoc est propter NOODTIVM, qui in *Comment. ad Pand. h. t.* differentiam praediorum rusticorum et urbanorum desumendam putat ex *L. 3. D. de seruit.* ut urbanae sint, quae in superficie uel aedificio consistunt, rusticae, quae in solo. Enimuero cum hortus tam urbanum, quam ru-

sticum praedium esse possit, *L. 198. de uerb. signif.* facile patet, non esse hanc genuinam praediorum rusticorum & urbanorum differentiam.

§. 395.

Indiuiduas) Possunt equidem seruitutes ad certum modum concedi, et sic diuidi ratione exercitii, e. g. ut alicui ius pascendi sit alternis diebus. Ipsa uero seruitus tamquam res incorporalis diuisionem non admittit, hinc frustra desiderant coheredes, ut seruitus uiae inter eos diuidatur.

§. 396.

Nascatur) Duae tamen sunt exceptiones, 1) si seruitus mihi constituta per ultimam uoluntatem, 2) si ea sit negatiua. Vtroque enim casu ius in re adquiri sine traditione, ostendimus supra §. 339. *schol.* 2.

§. 397.

Reficiendum) Ratio est, quia alioquin seruitus in faciendo consisteret, id quod naturae seruitutum repugnare iam supra diximus. Excipiunt quidem uulgo seruitutem oneris ferendi quam ideo uocant irregularem uel anomalam, sed ne hanc quidem a regula discedere, ostendemus §. 401.

§. 400.

Tenetur) Non ergo confundenda est haec seruitus cum altera tigni immittendi, quia hac

hac conſtituta tantum aliquot tigna, illa ipſum aedificium in pariete meo requieſcit.

§. 401.

Ordinarie) Itaque obſeruandum, *L. 13. D. de ſeruit. praed. urb.* in qua reficiendi onus penes dominum praedii ſeruientis eſſe dicitur, intelligendam eſſe de caſu, ſi tale pactum inter contrahentes interceſſerit. Lex enim aedium in hac lege idem eſt, ac pactum uel conditio, quae contrahentibus placuit.

§. 402.

Tignum) Per tignum autem hic non ſolum trabs intelligitur, ſed quaelibet materies, qua ad aedificandum uti ſolemus, e. g. lapides, ferrum, cet. *L. 1. §. 1. D. de tign. iunct.*

§. 404.

Relinquere) Qua ſeruitute maxime opus eſt iis locis, ubi aquae eſt penuria, quale exemplum de Africa et aqua ibi uenali habemus *L. 14. D. de alim. uel cib. leg.*

§. 405.

Nequeat) Falſa ergo eſt aedificatio gloſſatorum, quod uicinus teneatur aedes ſuas altius tollere, (ſic enim ſeruitus conſiſteret in faciendo.) Falſa etiam ſententia PAGENSTECH. quaſi uicinus pari teneatur, ut aedibus eius contignationem imponam, ita enim eſſet ſeruitus oneris ferendi; ſed ſola iſta explicatio, quae in paragrapho data eſt, principiis iuris conſentanea habetur.

§. 406.

Seruitus) Non intelligi possunt hae seruitutes tamquam exceptiones, nisi prius intelligamus regulam. Haec autem talis est: *quisque potest in pariete suo tot fenestras aperire, quot lubet; sed et uicino licet contra aedificando eas pro lubitu obstruere.* Si ergo fenestras in alieno pariete habere uelim, opus est seruitute luminum: sin impedire uelim, ne alter obstruat; constituenda est seruitus, ne luminibus officiatur.

§. 407.

Ad finem) Differunt ergo hae seruitutes a superioribus, quia hic licet fenestras apertas habere, ibi clausas tantum, item quod seruitus prospectus constitui etiam possit ab eo, qui aedes suas remotiores a nostris habet; luminum autem a uicino tantum; denique tertio quod seruitus luminum arboribus non impediatur, prospectus autem impediatur. *L. 16. D. de seruit. praed. urb.*

§. 408.

Ius uehendi) Vnde etiam Germanice uocatur: Der Fahrweg. In quibusdam editionibus est: *eundi*, quod tamen uel ideo falsum, quia sic nulla esset differentia inter iter, actum, et uiam.

§. 409.

§. 409.

Iri anfractum) Additur in *L. 7. D. de seruit. praed. rustic.* hastam porrectam eo referri posse. Sed prouerbialis haec est locutio, qua indicatur, tantam esse debere uiae altitudinem, ut hasta porrecta uel plaustrum onustum eo duci possit, adeoque et rami arboris eo usque recte coerceantur.

§. 411.

Ius pascendi) A quo quam maxime differt ius compascui, (die Koppelweide), quippe quod non est seruitus, sed mutuum precarium tantum, ac proinde pro lubitu potest reuocari. Id quod de iure conuenandi, (der Koppeljagd), similibusque obseruandum.

§. 413.

Impedit) Et quidem in perpetuum, e. g. si quis aedificium eo loco exstrui passus est, quo uehere solebat. Opus enim temporarium non statim sufficit ad eius modi remissionem praesumendam.

Absentes) Obseruanda adhuc duo: 1) quod in seruitutibus praediorum urbanorum non sufficiat non usus, sed ex altera parte etiam requiratur usucapio libertatis, 2) quod hodie in praxi plerumque distinguatur inter seruitutes continuas et discontinuas, et hae immemoriali demum tempore exspirare dicantur.

TIT.

TIT. IIII.
DE VSVFRVCTV.

§. 415.

Fructum) Poteſt etiam haec differentia conſtitui, quod uti dicimur re non fungibili, abuti autem fungibili tantum, i. e. ea, quae menſura, numero et pondere conſtat.

§. 416.

Fruendi) Hinc uſusfructus cum dominio plane non eſt coniunctus, quemadmodum emphyteuſis, feudum, ſuperficies. Nihilominus tamen obſeruauit SCHILTER. *Exercit. XIII. ad Pand.* §. *19.* iure Germanico uetere uſumfructum non fuiſſe meram ſeruitutem, ſed uere dominium utile; unde et feudum nonnumquam uſusfructus dicitur.

§. 417.

Capit) Perperam tamen hoc producitur ab HARPRECHTO ad uaſallos, quaſi et iſti theſaurum non capiant in feudo inuentum. Enimuero, cum uaſalli non habeant meram ſeruitutem, ſed dominium utile, ſane ab uſufructu ad feudum non ualet conſequentia.

§. 418.

Cautionem praeſtare debeat) Quae cautio fructuaria probe diſcernenda eſt a quaſi fructuaria. Illam non praeſtat uſufructuarius, hanc quaſi uſufructuarius. Illa promittitur, uſufructuarium re uſurum fruiturum boni

iuri

iuri arbitratu, et finito usufructu rem eamdem restituturum. Hac contra finito quasi contractu, rem se restituturum esse eiusdem generis.

§. 419.

Restitutum iri) Hinc eleganter dicebant ICti, in uero usufructu rei substantiam saluam manere physice, in quasiusufructu iuridice tantum; propter cautionem interpositam, qua securus praestatur proprietarius, se rem eiusdem generis recepturum.

§. 420.

Ad finem) An uero et aes alienum soluere tenetur usufructuarius omnium bonorum? Negant HVBERVS in *Prael. ad h. t.* §. 7. et DONELLVS *Commentar. iur. X, 13.* Recte omnino, quia usufructuarius non est successor uniuersalis, sed legatarius tantum. Quin tamen soluere teneatur usuras, nullum plane est dubium.

§. 421.

Transeunti) Immo hodie constante etiam matrimonio maritus gaudet usufructu in bonis uxoris paraphernalibus. Enimuero id non est a iure Romano, quemadmodum nonnulli probare conantur ex *L. 11. c. de pact. conuent.* (ibi enim, teste ipsa rubrica, agitur de casu, quo uxor merito hunc usumfructum pacto constituit,) sed ex iure Germanico. Vid. GAERTNERI *Dissert. de differentia bonorum dotalium*

talium, paraphernalium, et receptitiorum iuri Germanico non congrua.

§. 422.

Comparatur) Quaeritur, an et ciuitas hoc modo amittere possit usumfructum? Videri posset quod non, quia ciuitas capite non minuatur. Sed omnino pro mortua habetur, si aratrum inducitur, quod factum Carthagini. Vid. *L. 21. D. quib. mod. usufr. uel us. amitt.*

§. 423.

Adfinem) Modo utendi fuerit occasio. Absurdum enim est, non usu aliquem excludi iure suo, quod exercere nullo modo potuit. Hinc procul dubio calamitas belli hic usufructuario fraudi esse non posset.

§. 424.

Constituentis) Si nempe adsit successor singularis, qui non succedit in omnia iura defuncti. Heres enim facta defuncti praestare omnino tenetur.

TIT. V.
DE VSU ET HABITATIONE.

§. 426.

Vtendi) Hinc usus pro necessitate aut augetur, aut minuitur, e. g. antequam ampla alicui familia sit, pauca tantum cubicula ei concedentur in usum, aucta familia plura. *L. 2. §. 1. D. h. t.* Immo si duobus usus legatus sit, contingere potest, ut uni plus, quam alteri indulgeatur.

§. 428.

§. 428.

Recipere) Quae locutio in iure noſtro frequens eſt, et indicat, quaeſtionem olim hanc controuerſam fuiſſe, et hanc ſententiam aegre demum obtinuiſſe. Licet ergo hoſpitem recipere, ſed ita, ut modeſte eo iure utatur uſuarius.

§. 429.

Deſtinatae) Primus hoc animaduertit THOMASIVS in *ſcholiis ad* HVBERI *Prael.* ex qua animaduerſione ſimul patet, cur ueteres dixerint: plus eſſe in habitatione, quam in uſu; minus uero in uſu, quam in uſufructu.

§. 430.

Percipit) Quaeritur, an ius habitandi tantum, an ſolum uſum habeat parochus in aedibus parochialibus? Adfirmant hoc nonnulli. Sed quia parochus omnibus aedium partibus utitur fruitur, magis eſt, ut uſumfructum illi competere dicamus.

§. 431.

Potius) Clarior erit haec ratio, ſi addideris, *in facto* potius, quam in *iure Quiritium.* Quae enim iura non ſolis ciuibus, uerum etiam peregrinis competebant, illa magis in facto conſiſtere dicebantur. Cum ergo et peregrini de facto poſſent Romae habitare, nulla erat ratio, cur capitis deminutione ius habitationis exſpiraret, immo et non uſus habitationem

nem finire non poterat, quia et usucapio erat iuris Quiritium.

§. 433.

Ad finem) Sed haec seruitus hodie rarissima, quia extra praedia seruos proprios non habebit, operae autem rusticorum ad praedium tantum pertinent, nec in extraneum transferri possunt.

§. 434.

Ignoramus) Multoque magis eas ignorarunt maiores nostri, quibus ne uocabula quidem in promtu erant, quibus has seruitutes distinguerent. Verba enim Mißbrauch, Gebrauch, Wohnung im Hausse, nouiter recepta sunt a doctoribus, et ex ipsis uocabulis iuris Romani formata.

TIT. VI.

DE VSVCAPIONIBVS, ET LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIONIBVS.

§. 435.

Adquirimus) Ergo qui adquirit titulo uniuersali, ad omnia tenetur, ad quae tenebatur antecessor, adeoque et aes alienum soluere debet: quod secus se habet in eo, qui titulo singulari adquirit. Exemplum uidemus in herede feudali et agnato.

§. 437.

§. 437.

Donatio) At hodie merito negatur, donationem esse modum adquirendi. Ex ea enim non nascitur ius in re, sed tantum ius ad rem, nisi sequatur traditio. Sed olim tempore Caii donatio omnino erat modus adquirendi, quia res donata in continenti tradenda erat.

§. 439.

Habitam) Accedit et altera ratio, puta quod intersit rei publicae, dominia rerum aliquando certa esse. Vnde CIC. *Orat. pro A. Caecinn. c.* 5. usucapionem eleganter uocat *finem sollicitudinis ac periculi litium.* Quia ipsa S. S. hunc adquirendi modum adprobare uidetur *Iudic. II*, 26.

§. 440.

Possessas) Id est furtiuas et ui inuasas: cum alias omnis possessio uitiosa habeatur, ubi quis *ui, clam*, uel *precario* possidet.

Queant) Non quidem ut adquiram dominium, in quo res incorporalis nullo modo esse potest, sed ut excludam alterius ius agendi. Simulac enim iste negatoria experitur, ego illi oppono exceptionem praescriptionis, eaque tutus sum.

§. 441.

Auctoritas erat) Per hostem intelligitur hic peregrinus. Quem enim nos hodie hostem uocamus, illum ueteres uocabant perduellem. Vid. PARAEI. *Lexic. crit.* sub uoce: *hostis.*

§. 442.

Exigitur) Et hoc in praxi receptum. Vnde et per litis conteſtationem aliquis ſtatim in mala fide conſtitui dicitur, qui ſcire incipit, rem eſſe alienam.

§. 443.

Cauſſae) Vnde donatio inter coniuges non eſt titulus ad uſucapionem ſufficiens *L. 1. §. 2. D. pro donat.* praeterquam ſi res aliena a coniuge donata ſit. *L. 25. D. de. donat. int. uir et uxor.*

§. 444.

Ad finem) Immo et ſi nullum adſit uitium, in quibuſdam tamen rebus uſucapio ceſſat, quia illae ſunt merae facultatis, i. e. ita comparatae, ut in meo arbitrio non ſit poſitum, utrum alterum in poſſeſſione relinquere, an illam reuocare uelim. Vid. *L. 1. 2. C. de ſeruit.*

§. 445.

Obſeruauit) Vnde ſimile temporis ſpatium etiam extra Saxoniam multis locis obſeruatur, in primis in Belgio, ubi ad uſucapionem rerum immobilium requirunt tertiam partem ſaeculi. Vid. LAMB. GORIS *Aduerſ. III, 9.*

§. 446.

Inceperit) Ita iure Romano, quia ibi mala fides ſuperueniens non nocet, uti diximus §. 442. Cum uero hodie ius canonicum magis receptum ſit, heredis etiam bonam fidem exigi facile intelligitur.

§. 447.

§. 447.

Oblationem libelli) Modo sequuta sit citatio, quippe qua possessor statim constituitur in mala fide, adeoque possessio procul dubio interrumpitur, etiamsi id breuissimo tempore ante adimpletam usucapionem contingat.

§. 448.

Veluti in subsidium) Ergo regula ordinarie sic sese habet: *quae non possumus usucapere, uel longo tempore praescribere, ea omnino praescribere possumus longissimo tempore;* sic e. g. tertius b. f. possessor non potest usucapere rem furtiuam ob uitium cum re ambulans, sed potest tamen praescribere longissimo tempore.

§. 450.

Malam fidem) Ast hodie et in hac longissimi temporis praescriptione bona fides exigitur ex principiis iuris canonici, *c. ult. X. de praescript.* attamen haec bona fides tamdiu hic praesumitur, donec probetur contrarium.

§. 451.

Interpretatione doctorum) Quae tamen uere fundamento destituitur, quia priuilegia interpretationem extensiuam non admittunt; unde et recte dicitur, ea ad exemplum non trahi. *L. 1. §. 2. D. de constit. princip.*

Oppignoratam possideat) Nam si tertius possideat, et quidem mala fide, haec actio durat XXX. annos, sin bona fide X. annos inter praesentes, XX. inter absentes.

§. 453.

Exstat memoria) Non ergo hic requiritur tempus aliquod legitimum, sed sufficit, modo probatum sit, rem semper ita sese habuisse, nec meminisse quemquam, rem sese habuisse aliter, id quod plerumque per testes senectute decrepitos probari solet.

TIT. VII.
DE DONATIONIBVS.

§. 454.

Non est modus adquirendi) Fuit tamen ante Constantini M. tempora, cum donatio adhuc a traditione seiungi non posset, ex quo autem Constantinus M. in *L. 25. C. de donat.* etiam ex sola promissione actionem dedit: donatio non amplius est modus adquirendi, sed titulus tantum. *L. 20. C. de pact.*

§. 455.

Non mortis caussa) Differunt etiam effectu, ad quem praecipue respiciendum est, ex donatione enim inter uiuos statim transit dominium, et hinc illa irreuocabilis est, non autem ex donatione mortis caussa. Vnde si uel maxime mentio facta sit mortis, si tamen statim translatum est dominium, nihilominus inter uiuos donatum esse censetur.

§. 456.

Fluctuat). Conuenit enim cum pacto, quia sine acceptatione non intelligitur: at similis quo-

quoque eſt ultimae uoluntati, partim quia quinque teſtium praeſentiam requirit, partim quia et circa illam uoluntas hominis eſt ambulatoria uſque ad mortem. Vnde in §. 1. *Inſtit. h. t. donatio haec per omnia fere ſimilis legatis* eſſe dicitur.

§. 457.

Pater permiſerit) Et tamen filius familias permittente patre non poteſt teſtamentum condere? Sed ratio differentiae in promtu eſt, teſtamenti factio enim eſt iuris publici, ac proinde pater circa illam diſpenſare non poteſt, ſi autem donare permittit, tunc renunciat iuri in fauorem ſui introducto.

§. 458.

Nec inter coniuges) Quamuis enim iure nouo inter eos non amplius ſit uinculum poteſtatis, olim tamen uxor, quae in manum conuenerat, erat in poteſtate mariti; adeoque una cum iſto perſona; principium hoc noua iura reiiciunt:concluſiones uero mordicus retinent.

§. 459.

Ad finem) Viſitatiſſima eſt haec donatio inter ruſticos, qui ſaepe omnia bona transferunt in liberos, reſeruato ſibi iure auorum. De ea donatio merito confertur STRYKII *Diſſertatio de iure auorum.*

§. 460.

Non indiget) Nullum enim periculum eſt,ne per donationem mortis cauſſa pauperior quis fiat, cum ea non prius rata fiat, quam mortuo donatore, mortuus autem laedi nequeat.

Beneficio competentae) Per illud intelligimus eius modi priuilegium, quo debitor excuſſus utitur, ut non poſſit plus ipſi eripi, quam quantum facere queat. Donatoribus hoc priuilegium dediſſe diuum Pium, ſatis conſtat *L. 28. D. de reg. iur.*

§. 461.

Cauſſa donatum) At quam actionem habet donator mortis cauſſa, ſi conualuit, et donationem reuocare cupit? Reſp. quia dominium rei donatae hic non tranſit, niſi mortuo donatore, conſequens eſt, ut donator rem ſuam uindicare poſſit a donatario, et quocumque alio poſſeſſore. Videatur *L. 29. D. de donat. mort. cauſſ.*

§. 462.

Reuocandi concedit) Adeoque re uera contra regulas bonae interpretationis haec lex ad alios caſus extenditur, maxime cum liberti tanta fuerit erga patronum obligatio, ut ea apud alios fruſtra ſupponatur. Vnde etiam recentiores doctores hanc interpretationem reiiciunt.

§. 463.

Capiendi fructus) Si enim conſtante matrimonio fructus inde perciperet uxor, dos eſſet inutilis, cum tamen dari ſoleat ad ferenda matrimonii onera. Ius ergo uxoris in ſola hypotheca tacita conſiſtit.

TIT.

TIT. VIII.
QVIBVS ALIENARE LICET, VEL NON.

§. 464.

Voluntas obsistat) Ordinariae caussae, propter quas quis alienare nequeat, sunt: prohibitio publica uel ex lege seu statuto, uel ex decreto iudicis profecta, itemque pactum de non alienando, uel fideicommissum, qualia in praecipuis familiis reperiuntur, denique non numquam ipsa personae qualitas uel rei attributa alienationem impediunt, quale quid in pupillis, nec non in rebus sacris animaduertimus.

§. 465.

Dominus dotis) Quod luculenter etiam probari potest ex *L. 9. C. de rescind. uendit.* quamuis sint, qui marito tantum uindicent usumfructum: sed sic plane non esset exceptio paradoxa; quis enim dicat, usumfructuarium alienare posse fundum fructuarium. Conf. tamen MARC. LYKLAMA in *Membranis, libr. VII. eclog. 26.*

§. 466.

Mutuum recte dat) Nam et mutuum esse alienationem, ostendimus §. 793. Hinc et generalis ista regula est; *qui alienare non potest, nec potest mutuum dare.*

§. 467.

Sollemniter) Sollemniter autem fit, si praeuia citatione ad uidendum distrahi pignus

hoc per artis peritos aestimetur, (quod taxationem uocant,) et postea plus licitanti adiudicetur.

§. 468.

Decreto magistratus) Quod interponitur praeuia caussae cognitione, an non alia uia expediri aes alienum possit. Ceterum sunt etiam quaedam res, quas tutor cogitur alienare, quaecumque nimirum ita comparatae sunt, ut seruando seruari nequeant.

TIT. VIIII.

PER QVAS PERSONAS CVIQVE ADQVIRITVR.

§. 470.

Adquirerent dominis) Et hic nulla plane est exceptio, adeo, ut si fortunae quoque beneficio aliquid lucretur seruus, e. g. si thesaurum inuenerit, illud omne ad dominum pertineat, nihilque habeat, nisi peculium profectitium consentiente domino.

§. 471.

L re nostra) Fundamentum huius iuris est ratione usufructuarii, quod hic percipit omnes fructus ordinarios, §. 417. ratione bonae fidei possessoris autem, quod iste pro domino habetur, adeoque omnes fructus suos facit. §. 377.

§. 472.

§. 473.

Adquiri patri) Cum enim filius cum uxore et tota familia per omnem uitam in potestate esset parentis sui, nisi emancipatio sequeretur: aequum etiam uidebatur, ut patri, a quo alimenta et quaeuis necessaria exspectaret, etiam adquireret.

§. 474.

Occasione militiae) Non ergo solum per militiam. Eo enim hoc porrigitur, ut si quid acceperit euangelii loco, istud merito quoque ad peculium castrense referendum sit.

§. 475.

Filii facti) Modo bene collocati sint isti sumtus, et filius doctior domum redierit, nec postea studia deseruerit. Immo si pater in rationes retulerit hos sumtus eo consilio, ut filius imposterum eos in usum conferat, qualitatem peculii quasi castrensis omnino amittunt.

§. 476.

Contemplatione patris) I. e. ob merita patris, e. g. si quis filio patroni aliquid donet ob suffragium, quod pater tulit, uel quia caussam eius tulit in iudicio.

§. 477.

Proprio labore) Scilicet ex artibus liberalibus. Nam quod filius ex studiis uel artibus liberalibus lucratur, id omnino ad peculium quasi castrense pertinet.

§. 478.

Libere disponit) Cum alias filius familias testamentum condere nequeat, cuiuscumque aetatis sit, si uel maxime pater consentiat. Vid. *pr. Instit. quib. non est permiss. facere testam.*

§. 479.

Post emancipationem) An non etiam post mortem patris? Negatur, quia tunc expediti iuris est, filium teneri conferre bona profectitia, nisi pater collationem illi expresse remiserit.

§. 480.

Quoad uiuit) Si tamen uiuus adhuc emancipabat, dimidiam partem ususfructus capiebat tamquam pretium manumissionis. §. 2. *Inst. h. t.* Id quod hodie merito cessat, cum liberi tacite plerumque exeant ex patria potestate.

§. 481.

Fit filii) Nec tamen ideo testamentum condere potest de hoc peculio, et frustra sunt, qui a peculio castrensi uel quasi ad hoc extraordinarium argumentantur. In illo enim filius pro patre familias habetur, in hoc non habetur. Videatur *L. 11. C. qui testam. fac. poss.*

TIT.

TIT. X.
DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

§. 484.

Ab intestato) Non ergo ex pacto, quia pacta successoria iure Romano contra bonos mores, et plena tristissimi euentus esse dicuntur in *L. fin. C. de pact.* Sed id iure Germanico secus se habet, ex cuius principiis non modo inter principes notissima sunt pacta confraternitatis, (Erbverbrüderungen,) uerum etiam pacta dotalia inter priuatos saepissime disponunt de hereditate futura, ut iam non dicamus de ganerbinatibus, nec non de unione prolium, de qua supra iam actum, plenius uero in *Elem.* nostr. *iur. Germ.*

§. 485.

Non posse) Hinc multi quoque testamenti factionem analogiae iuris conuenire negarunt. Ast cur eam inuexerint Romani, luculentissime docuit BYNKERSHOEKIVS, *Obseruat. II, 1. 2.*

§. 486.

Calatis facta) Haec uero uel ideo praetermittenda non fuerunt, quod inde nati sunt plerique ritus testamentarii, hodienum recepti, quorum rationem reddere non possemus, si hanc ignoraremus. Vnde recte dixit IVSTINIANVS §. *1. Inst. h. t. nihil antiquitatis hic penitus nos ignorare debere.*

§. 488.

§. 488.

Familiae emtor) Hinc repraesentabant heredem, neque tamen praecise heres erat: iste enim ex ceris uel tabulis erat intelligendus. Vnde recte VLPIANVS *tit. XX. §. 9.* duas esse ait huius testamenti partes: *mancipationem*, et *nuncupationem*.

§. 489.

Eas signassent) Hinc, si quaeras, an testamentum eiusmodi praetorium hodienum ualeat? id merito negandum erit, quia paullo post audiemus, Theodosium iuniorem imperatorem tria haec testandi genera in unum conflasse, ac inde natam esse testamenti factionem hodiernam.

§. 490.

Iusta sententia) Id est *sollemnis*. (§. 570.) Sollemnitas autem non solum consistit in ritibus externis, de quibus paullo post, uerum etiam in heredis institutione. Vnde facile patet, hanc definitionem codicillis, (uti quidam suspicantur) applicari non posse.

§. 491.

Nuncupatiuum) Vbi obseruandum, respiciendum esse ad intentionem testatoris, uolueritne in scriptis testari, an per nuncupationem. Vnde testamentum nuncupatiuum manet, etiamsi postea in scripturam redactum sit.

Pluri-

Pluribusue testamentis) Quae tamen regula, uti et superior, locum tantum habet in testamentis paganorum, non in testamentis militum, quippe quae omnibus legibus testamentariis soluta sunt.

§. 492.

Nullitatis) Hinc nec ualet protestatio, se studio subtilitates testamentarias praetermisisse, qualis est in *L. 88. §. 17. D. de legat. 2.* Priuati enim uoluntas nihil potest mutare circa testamenti factionem, quae est iuris publici. *L. 3. D. qui test. fac. poss.*

§. 493.

Quaeuis uerba) Modo sint dispositiua, quia alias fideicommissum emergeret. Hinc eleganter dicitur in *L. 1. §. 3. D. de hered. instituend.* testamentum tribus uerbis constare posse: *Titius heres esto.*

§. 494.

Contextu) Haec unitas requirit 1) continuitatem actus, i. e. ut testamentum hoc fiat diuersis temporibus, 2) uniformitatem actus, ne quid immisceatur testamento, quod ad ultimam uoluntatem non pertinet. Vid. *L. 1. §. 12. D. de uulg. et pupill. substitut.*

§. 495.

Testamentifactio) Quae regula siue actiue, siue passiue explicetur, falsa est: uerissima autem, si intelligas testamentifactionem in comitiis calatis, quibus nec mulier, nec im-

impubes,nec seruus, nec alii hic recensiti interesse poterant.

Ad finem) Principale negotium in testamento geritur inter testatorem et heredem. Si ergo testes cum his coniuncti essent, testimonium perhiberent in propria caussa, quia pater et filius pro una persona habentur. Ea uero ratio cessat, si ipsi testes inter se coniuncti sunt.

§. 496.

Subscribat) De subsignatione testatoris iura nihil disponunt, quamuis ea plerumque adhiberi soleat, immo testatores singulis plerumque tabulis subscribant et subsignent.

§. 498.

Ad finem) Hodie fere imprimis exigitur, ut testamentum scribatur in charta sigillata certi pretii, e. g. auf einen 3. Groschen Bogen, quia et id sancitum est sub poena nullitatis.

§. 499.

Intelligentibus) Adeoque et linguae periti esse debent, qua testator ultimam suam uoluntatem eloquitur, quod in testamento scripto plane non requiritur, modo sciant testes, quem in finem adhibeantur.

§. 500.

Principi) Siue id fiat personae principis, siue eius loco regimini uel cancellariae, quippe quae uice sacra iudicare censetur. Semper tamen

tamen iudex debet dare recognitionem, quod hoc uel illo die depositum sit testamentum.

TIT. XI.
DE MILITARI TESTAMENTO.

§. 501.

Priuilegiata) Hinc non admittunt extensionem, adeoque falluntur, qui et in testamentis parturientium et iter facientium sollemnitates quasdam remittendas putant, et quidem ob identitatem rationis. Priuilegia enim ad exemplum non trahi, satis notum est ex *L. 1.* §. *2. D. de constit. princip.*

§. 502.

Imminens periculum) Falsa itaque est ratio, quae redditur in *pr. Inst. h. t.* nec non in *L. 1. et 3. C. eod.* quasi id priuilegium concessum sit militibus ob nimiam imperitiam. Veram rationem uidemus exprimi *L. 1. pr. D. de bon. possess. ex testam. milit.*

§. 503.

Praeterire) Sed quaeritur, an tunc liberis nullum plane remedium supersit aduersus tam iniquum patris testamentum? Id merito negatur, potius testamentum saluum erit, alias frustraneum esset hoc priuilegium, alimenta tamen liberos alia actione petere posse, ipsa aequitas nos dubitare non patitur.

§. 504.

§. 504.

Fortuito sermone) Multa enim huius generis milites etiam inter pocula uel iocose eloqui solent, ubi plane eorum intentio non est, ut eius modi nuncupatio effectum habeat. Elegans hac de re Traiani rescriptum ad Cuttilium Seuerum superest in *§. 1. Inst. h. t.*

§. 505.

Nondum missi) Si scilicet uulnere uel casu loquendi et audiendi facultatem amiserint. Tunc enim nondum constat, an in posterum mittendi sint, an non potius pristinam recuperaturi sint ualetudinem : id quod contra VINNII argutias obseruandum est.

§. 506.

Intra annum) Vocabatur iste annus *uacationis*, quia ueteranus uacationem etiam habebat ab omnibus muneribus publicis, itemque a tutelis per istum annum. *§. 2. Inst. de excus. tutor.* Hinc etiam intra hunc annum adhuc ualebat eius testamentum militare, quia adhuc pro milite habebatur.

§. 509.

Duo testes) Attamen adhuc obseruanda duo : 1) eiusmodi testamentum tantum ualere inter liberos, non quoad personas extraneas 2) hoc testamento liberos non solum posse institui sed et ex iustis causis exheredari.

§. 510.

§. 510.

Remissa est) Hodie tamen plerumque constituuntur notarii, quos Pest-Notarien uocant, quibus praesentibus et moribundi possunt uoluntatem ultimam eloqui.

§. 511.

Contrarium) Idque probandum est non ab herede instituto, sed ab eo, qui testamentum impugnaturus est: quia semper praesumtio deuoluit onus probandi in aduersarium.

§. 512.

Ad finem) Vbi tamen fraudes haud paucae nonnumquam obseruantur, quas nonnulli *pias* uocant, de quibus exstat egregia dissert. RECHENBERGII, *de impietate caussae piae*, *Vitembergae* olim habita.

TIT. XII.

QVIBVS NON EST PERMISSVM FACERE TESTAMENTVM.

§. 513.

Comitiorum) Ex hoc principio immediate fluunt conclusiones omnes: uerum autem istud esse ac indubitatum uel ex eo patet, quod antiquissimo iure testamenta non aliter fieri poterant, quam in comitiis calatis. §. *1. Inst. de testam. ordin.*

§. 514.

Sunt) Aliud ſi teſtamentum factum ſit in ciuitate: tunc enim ſi redierit poſtliminio, teſtamentum ualet iure poſtliminii; ſin apud hoſtes mortuus ſit, teſtamentum conditum in ciuitate ualebit ex fictione Regis Corneliae, quae fingit, eum, qui apud hoſtes moritur, in ciuitate mortuum eſſe.

§. 515.

Deceſſerit) Ratio huius iuris quaerenda eſt in regula Catoniana, de qua ſingularis titulus exſtat in Digeſtis. Ea enim ita ſeſe habet: *quae ab initio nulla ſunt, ex poſtfacto non conualeſcunt.* Videatur *L. 29. D. de reg. iur.*

§. 516.

Conſulant) I. e. ſi inſtituat heredes ab inteſtato; enimuero ſi id fecit, nemo erit, qui impugnet eiusmodi teſtamentum, adeoque ualebit, non quia capax fuerit prodigus teſtamentifactionis, ſed quia nemo impugnat.

§. 517.

Sit) Itaque ICti uitia haec dicunt eſſe uel *coniuncta*, uel *diſcreta*, et priore caſu teſtamentifactionem abſolute denegant; poſteriore tantum certo reſpectu. Elegantes eade re caſus collegit STRYKIVS in libello *de iure ſenſuum*, ubi et iura ſurdorum et mutorum plena manu ſerit.

§. 518.

§. 518.

Nuncupent) Et quidem non ſolum nomen eius pronunciando, ſed et eumdem deſcribendo, ut certi ſimus, de quo ſenſerit.

Signent) Quod tamen ſingulare hic obſeruandum, quia alias ſubſcriptio et ſubſignatio in nuncupatiuis teſtamentis ceſſat. §. 499.

§. 519.

Damnatis) Cur hoc hodie ceſſet, in ſcholio diximus. Interim obſeruandum, capitis damnatum non poſſe ulterius teſtari, quam de eo, quod ſupereſt, deductis impenſis inquiſitionis, nec non bannicularíis et ſpoliis.

TIT. XIIII.

DE LIBERIS EXHEREDANDIS.

§. 520.

Scribere) Immo et praetermittere, lege enim XII. tabb. *paterfamilias uti legaſſit, ita ius eſto*, latiſſima poteſtas tributa erat, et heredes inſtituendi et exheredandi, quod tamen poſtea interpretatione coanguſtatum eſt uel legum, uel auctoritate iura conſtituentium. *L. 120. D. de uerb. ſign.*

§. 528.

Nominatim) Et quidem in teſtamento, quippe ex quo deliberata et enixa uoluntas teſtatoris colligitur; hinc ſi forte ſchedula re-

periatur, in qua facta exheredatio, uel si quando testator eiusmodi uerba inter amicos protulerit, illud ex calore iracundiae factum censetur. *L. 19. C. de inoff. testam.*

§. 529.

Prohibuerit) Immo si non exheredetur a parente, nihilo minus tamen hereditatem amittit ideo, quia fiscus eripit, tamquam indigno. Vid. *L. 24. D. de his, quae ut indign. aufer.*

Nolit) Quod tamen ad filiam non pertinet, quae tamquam mulier pro alio intercedere nequit ob SCtum Velleianum.

§. 530.

Ad finem) Eaedem hae sunt caussae cum superioribus, at pauciores tamen, quia ob inaequalitatem societatis pluribus casibus liberi possunt ingrati esse erga parentes, quam parentes erga liberos.

§. 531.

Personam) Ergo extra hunc casum frater fratrem potest plane praeterire, solo uero instituto homine uel infami, uel leuis notae macula laborante, aut exheredandus est frater, aut ille testamentum impugnabit querela inofficiosi. *L. 27. C. de inoff. testam.*

§. 532.

Ad finem) Sic e. g. quamuis *Nouella CXV.* tantum de hereticis loquatur, nec meminerit apostatarum, dubium tamen non est, quin et hi

hi possint exheredes scribi, quia haec caussa est eiusdem generis.

TIT. XIIII.
DE HEREDIBVS INSTITVENDIS.

§. 534.

Ius) Non tamen in iura mere personalia, quae cum persona exspirant, e. g. coniugium defuncti, uel in eiusdem usumfructum, officia publica, et similia iura.

§. 535.

Aditionis) Ad quod tamen tempus non respicitur, si quaestio est de successione liberorum, quia hi tamquam heredes sui ipso iure heredes sunt, adeoque aditione non indigent. §. 588. 589.

§. 536.

Dominorum) Quidquid enim adquirit seruus, id adquirit domino, adeoque tantum dispiciendum est, an dominus habilis sit, ut succedere possit in locum ciuis Romani; nam si nullum in eo impedimentum sit, axioma nostrum illi non obstat.

§. 537.

Comm. success.) Quamuis enim in hac authentica testamentifactionis passiuae seu heredis institutionis nulla fiat mentio: interpretes tamen collegerunt, cui actiua testa-

mentifactio competat, eidem merito competere passiuam. Vid. STRAVCHIVS in *Comment. ad hanc authent.*

§. 538.

Ecclesiae) Si dubium sit ecclesiae nomen, illa praefertur, ubi sacris interesse consueuit defunctus. De his similibusque quaestionibus prolixe disseruit Cardinalis MANTICA de *coniecturis ultimarum uoluntatum.*

§. 539.

Illicita) Non moraliter talia, qualia sunt quae uirtuti et bonis moribus repugnant; sed in sensu iuridico, quo illicita uocantur omnia collegia, quae priuilegium principis non impetrarunt.

§. 540.

Institutus) Vbi obseruanda elegantissima uerba principum §. 8. *Inst. quib. mod. testam. infirm. licet legibus soluti simus, attamen legibus uiuimus.*

§. 541.

Vncias) Obseruandum est, occasione huius distributionis studium iuris ciuilis efflorescere coepisse Bononiae, si uera tradidit HOSTIENSIS glossator. Ait enim: as i. e. XII. unciae, as ergo quandoque ponitur pro obulo, propter quod uerbum uenit Bononiam studium ciuile, sicuti audiui a domino meo. Vid. CONRINGIVS de *orig. iur. Germ. c. 21. p. 126.*

§. 543.

Habeantur) Vbi tamen praecipue ratio habetur uoluntatis testatoris, si enim certo constet, illum coniunctos non haberi uoluisse pro uno, eius uoluntati standum est. Vid. *L. 80. §. 6. D. de legat. 2.*

§. 544.

Habetur) Cum enim in heredis institutione ex die facta tempus adiiciatur tamquam terminus a quo, in institutione in diem tamquam terminus ad quem, utroque casu hereditas uel ex eo die uel in diem pertinere etiam deberet ad heredem ab intestato, et sic aliquis mortuus esset simul testatus et intestatus.

§. 546.

Potestatiuam) Quamuis talis proprie uix detur, cum nihil sit in nostra potestate ita positum, ut de euentu certi simus. Multa enim cadunt inter calicem, supremaque labra.

§. 547.

Pugnant) Aliud, si ex uerbis ipsis appareat, calamum praecucurisse mentem testatoris, id quod ICti uocant *orationem praeposteram*, e. g. si nauis cras ex Asia redierit, Titius hodie heres esto.

§. 548.

Potestatiua) Et quidem in portione, quam ultra legitimam capit. Ipsa uero legi-

tima plane libera relinquenda est ab omni onere. Hinc nata cautela Socini: *Titius meus heres esto, si Caiam uxorem duxerit: si non duxerit tantum in legitima heres esto.*

§. 549.

Non scripta) Contra contractus conditio eiusmodi impossibilis uitiat, quia in his utriusque uoluntas requiritur. Quia uero in conditionem impossibilem consentit, is uel insanire creditur, uel iocari, adeoque neutro casu obligatio ex consensu oriri potest.

TIT. XV.
DE VVLGARI SVBSTITVTIONE.

§. 550.

Nollet) Id quod cum ignominia coniunctum uidebatur, partim quod heres non solet repudiare hereditatem, nisi ob latitans aes alienum, partim quod destituto testamento et deficiente herede sacra domestica interibant, quod omnino nefandum uidebatur ueteribus.

§. 552.

Directis) Per quae directa uerba hic intelliguntur *dispositiua*, quemadmodum obliqua sunt *precatiua*, e. g. heredem *rogo*, *moneo*, *uolo*, *ut* cet.

§. 553.

§. 553.

Pupillaris) Quae species trifariam differunt. Nam 1) regulariter substituit quicumque testator; pupillariter pater tantum, 2) illa substitutio pertinet ad omnes heredes; haec tantum ad suos, et quidem impuberes, 3) illa fit in casum negatiuum, si heres non erit; haec in casum adfirmatiuum, si ante pubertatem obierit.

§. 555.

Contineatur) Negant id CVIACIVS in *Not. ad h. t.* quia textus hanc in rem expressus citari nequeat. Sed recte omnino sese habet haec regula, quia finis substitutionis uulgaris est, ne testamenta fiant destituta, §. 550. Destituta autem fierent omnino, si casus unus altero comprehenderetur.

§. 556.

Reciprocam) Neque tamen haec absolute necessaria est, quia heredes inter se gaudent iure adcrescendi, adeoque uno deficiente, eius portio reliquis adcrescit, ne testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedat.

§. 557.

Adeunte) Cum enim substitutio tantum facta sit in casum negatiuum, si institutus heres non fuerit, per aditionem autem aliquis heres fiat; deficit sane conditio per aditionem, adeoque substitutio exstinguitur.

TIT. XVI.
DE PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

§. 559.

Deceſſerint) Vltra pubertatem non ualet ſubſtitutio pupillaris, quia impubes quidem teſtari non poteſt, ac proinde recte pro eo teſtatur pater: ratio autem illa in pubertate plane ceſſat, cum puberes ſui iuris ipſi teſtari poſſint.

§. 560.

Teſtamentum) Dum propter duplicem heredis inſtitutionem, tum quia duorum mors exſpectanda eſt, et non una ſufficit aditio. Attamen non niſi ſimplex teſtamentum eſt ratione ſollemnitatum externarum, quia ſeptem tantum teſtes adhibentur, nec ulla duplicatur ſollemnitas.

§. 561.

Velleiae) Quae formula ita ſeſe habet: FILIVS MEVS HERES ESTO, SI HIC HERES SVVS ESSE DESIERIT, NEPOS EX EO HERES ESTO, SI ET HIC INTRA PVBERTATIS ANNOS DECESSERIT, MEVIVS IPSI SVBSTITVTVS ESTO.

Exheredatis) Quod tamen hodie uix contingere poteſt, quia in impuberem non cadit tanta ingratitudo, ob quam exheredatio fieri poſſit ex *Nov. CXVIII.*

§. 563.

§. 563.

**Legitima*) Quod non modo aliis praeiudiciis probauit RICHTERVS in *Decision. ad tit. de ſubſtit. pupill.* uerum etiam nuper facultas noſtra illuſtri reſponſo confirmauit, quod in relationibus publicis typis exſcriptum eſt.

§. 564.

Στοργῆ) Hoc fundamentum probe obſeruandum. Inde enim reddi poterit ratio, cur non ſolus pater, ſed et mater, immo et auus et auia hoc modo ſubſtituere poſſint, quum tamen in pupillari id non procedat. Praeterea et reliqua iura, de quibus paragrapho ſequente agetur, ex hoc principio manifeſte fluunt.

§. 565.

Sorores) Immo plerique cenſent ſufficere, ſi uel unus ex fratribus et ſororibus hoc caſu ſubſtituatur. Quam interpretationem etiam uerba legis admittere uidentur.

§. 566.

Reſipuit) Quid uero ſi reſipuerit quidem, et tamen teſtamentum non condiderit? Reſp. tunc diſpiciendum, an in furorem recidat, an uero ad mortem uſque ſanae mentis ſit? Priore caſu ualet ſubſtitutio quaſi pupillaris, poſteriore ſuccedunt heredes ab inteſtato. Videatur VIGLIVS ZVICHEMVS *ad h. t. n. 19.*

§. 567.

§. 567.

Priuilegiata) Ergo militis tam libera eſt ultima uoluntas, ut omnis ſubſtitutio ab eo facta ualeat, modo non inuoluat contradictionem in adiecto. Lex enim hic unica eſt, illos legi non eſſe alligatos.

TIT. XVII.

QVIBVS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTVR.

§. 569.

Inſtitutionis) Eſt enim haec caput et fundamentum teſtamenti, ac proinde tunc quoque nullum eſt, ſi plane omiſſa ſit heredis inſtitutio niſi ſubiuncta ſit clauſula codicillaris, quae efficit, ut eiuſmodi ſchedula ualeat tamquam codicillus.

§. 570.

Externae) Modo illae requirantur. Nam ſi teſtamentum ſit minus ſollemne, e.g. principi uel iudici oblatum, omiſſio ſollemnitatum iſtud plane non reddit iniuſtum.

§. 571.

Inofficioſi) Diuerſus enim effectus eſt teſtamentorum nullorum uel iniuſtorum, et reciſſorum per querelam inofficioſi. In illis enim omnia capita teſtamenti corruunt, in his ſola heredis inſtitutio, reliquis capitibus ſaluis manentibus.

§. 572.

§. 572.

Heredes) Ne ergo per agnationem postumorum testamentum rumpatur, commendanda est cautio, ut quis euentualiter, quod uocant, instituat omnes heredes suos, qui forte imposterum adhuc nasci possent. Tunc enim quotcumque nascantur, testamentum non rumpunt.

§. 573.

Derogatoria) Etiamsi iurata sit. Quamuis enim peccet testator, qui periurium admittit: nemo tamen sibi ipsi legem praescribere potest, a quo discedere nequeat. Videatur *Dissertatio* elegantissima *de* COCCEI *de clausulis testamentorum.*

§. 574.

Solet) Et quidem uterque casus comprehendi potest regula generali: *quoties impedimentum, ob quod testamentum ualere nequit, e medio sublatum est, toties praetor ex tabulis ruptis dat bonorum possessionem.*

§. 575.

Maximam) Reconualescit tamen eiusmodi testamentum, si captiuus postliminio in patriam redierit, quia hoc ius fingit, illum numquam in captiuitate fuisse. Immo conualescit ex L. Cornelia, si testator apud hostes decesserit. Fingit enim lex Cornelia, eum in patria decessisse.

Fue-

Fuerit) Ergo et hic praetor ſequebatur regulam: ſi impedimentum, ob quod quis ex eiuſmodi teſtamento heres eſſe non poſſit, ceſſauerit, ſe daturum eſſe bonorum poſſeſſionem, cum tamen iure ciuili teſtamentum ſemel infirmatum non conualeſcat.

§. 576.

Redit) Adeoque et omnia capita teſtamenti corruunt, ueluti legata, fideicommiſſa. Si enim nemo ſubit hereditatem, omnis uis teſtamenti ſoluitur, ut ait PAVLLVS *L. 187. D. de reg. iur.*

TIT. XVIII.
DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

§. 579.

Docuimus) Fruſtra ergo origo querelae arceſſitur a lege Glicia, qualis nulla umquam fuit; fruſtra ex edicto praetoris, cum praetorem exheredatis non ſuccurrere diſerte teſtetur *L. 8. pr. D. de bon. poſſeſſ. contr. tabb.* fruſtra denique ex conſtitutionibus principum, cum libera adhuc re publica eius querelae mentionem faciat Cicero. Videatur TETARD. SICCAMA *de iudicio centumuirali.*

§. 580.

Furoris) Fundamentum hoc habet in *L. 2.* et 5. §. *1. D. h. t.* ubi demens iſte fingitur, qui ſine ratio-

ratione liberos bene de se meritos exheredes scribit; nec hic admittitur probatio contrarii, testatorem fuisse sanae mentis, quia praeteritio uel exheredatio furorem satis arguit.

§. 581.

Actio) Et quidem ipsa hereditatis petitio, uti expresse uocatur in *L. 3. C. de heredit. petit.* Frustra obuertunt, actorem hereditatem nec ex testamento, nec ab intestato petere, omnino enim ab intestato succedere cupit, ac proinde rescindi petit testamentum.

§. 582.

Falsam) Vbi probatio incumbit heredi instituto, qui si deficit in probatione, caussa exheredationis pro falsa habetur, ac proinde testamentum rescinditur.

§. 583.

Emancipati) Hodie autem perinde est, siue emancipati sint liberi, siue sui, siquidem omnes exigere possunt legitimam, propter *Nou. CXVIII.* Immo quod ad fratres et sorores attinet, propter eamdem *Nouell.* nulla amplius est differentia inter consanguineos et uterinos, quamuis *L. 27. C. de inoffic. testam.* consanguineorum tantum meminerit.

§. 584.

Fuerit) Quod fit etiam, si exheredatus legatum ex testamento paterno agnoscit, quia sufficit in uno approbatum esse testamentum.

TIT.

TIT. XVIIII.
DE HEREDVM QVALITATE ET DIFFERENTIA.

§. 585.

Tenent) Non absonum hoc axioma putabunt, quicumque intelligunt, testamentum uere esse legem domesticam, adeoque testatorem tamquam legislatorem considerari; hinc etiam in XII. tabb. occurrit uocabulum *legare*, quod nihil aliud est, quam legis modo disponere, id est uerbis imperatiuis et dispositiuis.

§. 587.

Nolint) Quod adeo uerum est, ut et furiosus possit ideo institui heres necessarius, quia non opus est deliberatione, uelitne hereditatem adire, an repudiare. *L. 63. D. de adquir. uel amitt. hered.*

§. 588.

Succedere) Hinc eleganter filius particeps uocatur a TERENT. *Heaut. act. 1. scen. 1.* Quin nec ob aliam caussam herum minorem adpellatum esse filium, iam ab aliis est obseruatum.

§. 589.

Immiscuerit) Immiscuisse autem sese dicuntur liberi, qui aliquid agunt tamquam patres familias uel domini, e. g. res hereditarias uenumdando, pecuniam expendendo, cet.

§. 590.

§. 590.

Transmittant) Cum enim ipso iure sunt heredes, morientes ius, quod habent, merito transmittunt in heredes, id quod applicari nequit extraneis, qui ante aditionem nondum habent ius hereditarium, sed spem illa potiundi, spes autem ad heredes non deuoluitur.

§. 592.

Aditio) Olim aditio coniuncta erat cum cretione, quae fiebat intra centum dies, qui dies cretionis dicebatur, et quidem apprehensa re hereditaria, et pronunciatis uerbis: QVANDOQVIDEM L. TITIVS ME HEREDEM INSTITVIT, IDEO EGO INTRA CENTVM DIES HANC HEREDITATEM ADEO CERNOQVE.

§. 593.

Patre) Vbi tamen ponendus est casus, patrem nullam habuisse dissentienti caussam. Si enim ideo prohibuerit filium hereditatem adire, quod in ea maximum latitare sciuerit aes alienum, huic iuri omnino non est locus.

§. 594.

Pars) Quod adeo uerum est, ut et uasalli filius non possit feudum adire, et allodium repudiare, sed aut utrumque agnoscere, aut utrumque repudiare tenetur. Ratio huius regulae in caussis allodialibus est notum axioma: neminem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere debere.

Adprehensam) Quod plerumque fit ope notarii et testium. Quia tamen saepissime contingit, ut res ad uim perueniat, prudenter sane in Saxonia et hisce regionibus cautum est, ut possessio ipso iure deuoluatur saltim in descendentes, nec opus sit adprehensione speciali.

§. 595.

Procuratorem) Id quod tamen frequenter fieri solet, quia actionum legis et actuum legitimorum hodie non amplius magna habetur ratio.

§. 596.

Censeatur) Tu obserua, heredem aliquando ex uero, aliquando ex quasi contractu teneri; quoties enim iam defunctus fuit obligatus, toties heres obligatur ex uero contractu, sin defunctus nihil debuit, heres autem ex testamento debet, obligatio illa ex quasi contractu est, et petitur actione personali ex testamento.

§. 598.

Annos) Ratio est, quia tamdiu durat petitio hereditatis, quamdiu uero illa nondum praescripta est, tamdiu possum hereditatem adire.

§. 599.

Non tenetur) Immo et in solutum dare quid potest, et creditoribus primum urgentibus sine ordine soluere, quin et sibi ipsi satisfacere.

facere. Quin si quaedam res inuentario inserta casu periit, illa non heredi, sed creditoribus periisse censetur.

§. 600.

Facite) Quod in primis fit, si spatium deliberandi elabi patitur, nec heredem se fore, declarat.

TIT. XX.
DE LEGATIS.

§. 602.

Legatum) Equiden in §. *1. Inst. h. t.* alia definitio occurrit, nempe quod legatum sit donatio quaedam a defuncto relicta, et ab herede praestanda. Sed hanc non esse accuratam uel inde patet, quod nec donatio sit legatum, quiqqe quod non indiget acceptatione, nec semper ab herede praestetur, sed aliquando ab ipso legatario.

§. 604.

Differentia) De hac differentia paucis nota, quippe quae iure antiquo interpretanda est, accurate egit EM. MERILLIVS Obseruat. VI, 32. qui auctor hac in re reliquos omnes longo post se interuallo reliquit.

§. 605.

Effectum) Superest enim adhuc differentia quaedam, tum ratione formularum, siquidem legata uerbis directis, fideicommissa obliquis etiamnum relinquuntur, tum ratione

ſollemnitatum; legata enim ſemper requirunt quinque teſtium praeſentiam, fideicommiſſa etiam ſine teſtibus ualent, modo teſtator heredi praeſenti mandauerit, idque uel per iurisiurandi delationem, uel alio legitimo modo poſſit probari. Vid. *L. ult. C. de fideicommiſſ.*

§. 606.

Teſtatoris) Nec tamen etiam ſimul tranſit poſſeſſio, quam etiam legatarius propria auctoritate apprehendere nequit, immo ſi apprehendit, heres inſtituere poteſt interdictum: quod legatorum, de quo infra §. 1296.

§. 607.

Diſcimus) Ergo hic conferendus eſt titulus: *quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Quicumque enim ibi uel impediuntur uel prohibentur teſtamentum condere, iidem etiam inhabiles cenſentur ad relinquendum legatum.

§. 608.

Conditione) I. e. ſi ſeruus non amplius in hereditatis poteſtate fuerit. Valebit ergo legatum hac formula relictum: TITIVS HERES ESTO, STICHO EIVS SERVO, LEGO CENTVM, SI TEMPORE MORTIS MEAE NON AMPLIVS IN TITII POTESTATE FVERIT.

§. 609.

Onerentur) Quaeritur uero, quouſque aliquis onerari poſſit? Reſp. eo uſque, ut quarta

ta tantum salua sit ei, a quo legatum, si saluam quartam non habet, eam merito detrahit. Sed hanc quartam tantum detrahit heres, siue legata siue fideicommissa soluere teneatur: non autem legatarius, cui sufficere debet, non ultra quantitatem legati se esse oneratum.

§. 610.

Legatarii) Hinc e. g. Christiano potest legari mancipium etiam iudaicum: at Iudaeo mancipium Christianum legari nullo modo potest, quia non est in Iudaei commercio. Vid. *L. 1. C. ne Christ. mancip. haeret. uel pag. uel Iud. hab.*

§. 611.

* *Diuersa propositione*) Res etiam hoc modo explicari potest. Si fundus adiectus est sine pronomine demonstratiuo, *qui, quae, quod*, tunc legatum aliquid censetur taxatiue: sin testator eo pronomine usus est, demonstratiue fundum adiecisse censetur.

§. 612.

Lucratiuo) Aliud ergo, si rem uiuo testatore adquisiuit titulo oneroso uel dato pretio. Tunc enim regula ista nullo potest adplicari, cui alias locus est, siue plenum alicui dominium legatum sit, siue fundus emphyteuticus. *L. 71. §. fin. D. de legat. 1.*

§. 613.

Rem) Quia qui rem habet, implicite etiam pretium habere censetur: non ideo statim rem habet, qui pretium habet.

§. 614.

Luere) Quod legatum nihilo minus utile est, quia rei oppignoratae pretium plerumque superat sortem et usuras, pro quibus oppignorata est. Quam rationem reddit *L.* 57. *pr. D. de legib.*

§. 615.

Fuerit) Id quod probare tenetur legatarius salua heredis reprobatione. Nec sufficit, ex inuentario constare, magnas fuisse testatoris opes, quia et locupletissimus nonnumquam potest carere pecunia parata, adeoque eo casu necessario alienat.

§. 616.

Cedat) Nomina enim, uti recte aiunt practici, ossibus inhaerere uidentur, adeoque tertius possessor cambii uel cheirographi numquam ex illo actionem instituere potest, quamuis b. f. possideat, nisi creditor ipsi dederit iura cessa, quae cessio in cambiis *indossamentum* uocatur, quia dorso cambii inscribi solet.

§. 617.

Debebatur) Tunc enim insignis haec est utilitas, quod dies legati cadit statim a morte testatoris, adeoque non est differenda solutio, sed legatum statim *repraesentandum*.

§. 618.

§. 618.

Dotis) Ratio est, quia falsa demonstratio non nocet. Hinc et legatam dotem uxor accipit, quamuis ne numınulum quidem intulerit, modo certa quantitas expressa.

§. 620.

Debeatur) Atqui alioquin tria capita gregem faciunt, *L. ult. D. quib. mod. usufr. amitt.* quemadmodum etiam tres facere solent collegium. Sed tu distingue inter constitutionem gregis uel collegii, et eiusdem conseruationem. Ad illam saltim tria capita requiruntur, ad hanc unicum sufficit, praeterquam in usufructu, de quo in scholio diximus.

§. 621.

Sanxerit) Quod et inde praesumitur, si testator uerba ad heredem direxerit, e. g. heres Titio det equum e stabulo meo. Vid. VINNIVS *ad h. t. §. 22. n. 6. seqq.*

§. 622.

Heres) Qui antea optare non poterat, si defunctus ante optionem decessisset. Vnde et dies huius legati non a morte testatoris, sed ab hereditate adita cedebat. Quae omnia hodie aliter sese habent.

§. 623.

Perire) Hinc si e. g. legatus sit equus in genere, uel si centum imperiales relicti, et equum in hunc finem comparatum, uel

nummos huic legato destinatos fur improbus abstulerit, legatum ideo non periisse censetur, quia non praecise hic equus uel hi centum imperiales legati sunt.

§. 624.

Honesta) Immo et decora, et cum utilitate quadam legatarii coniuncta. Hinc ridiculum legatum esset, si heres damnaretur, ut ante fores Meuii saltaret.

§. 625.

Noluisse) Ergo hoc ius adcrescendi in legatis pro fundamento habet praesumtam uoluntatem testatoris, cum contra in hereditatibus alia sit huius iuris ratio, puta, ne testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedat.

§. 627.

Incapax) Quo in primis pertinet capitis deminutio maxima et media, quippe quam passus legatum capere nequit. Generalem ergo obserua regulam: *quoties unus ex collegatariis uel non uult, uel non potest legatum capere: toties locus est iuri adcrescendi.*

§. 628.

Tantum) Ratio denominandi in promtu est, si enim plures personae ad eamdem rem uocatae diuersis propositionibus, omnino in re ipsa est coniunctio, e. g. in domo, ad quam simul uocatae sunt; uerbis autem sunt disiunctae, qiua non in eadem propositione coniunguntur.

§. 630.

§. 630.

Modo) Quia posteriora uocabula hic prima uice occurrunt, obseruandum est, demonstrationem nihil aliud hic esse, quam descriptionem, quae fit per pronomen demonstratiuum: *qui, quae, quod;* caussam hic accipiendam esse impulsiuam, et modum denique nihil aliud esse, quam finem, cuius caussa legatum relictum est.

§. 631.

Venit) Vnde et legatum hoc transmittitur ad heredes, si legatarius testatorem uel momento superuixit, et praeterea usurae debentur a die mortis, si heres sit in mora soluendi.

§. 632.

Incertus) Et ita quidem, ut ignoremus, et an exstiturus sit, et quando; si enim tantum posterius incertum est, non pro conditione, sed pro die habetur, e. g. Titio lego centum, si morietur.

§. 633.

Obseruandum) Ratio est, quia ex promisso nascitur ius perfectum, quod omnino in heredes deuoluitur, cum contra legatum in spe admodum incerta consistat, quia uoluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem. Et quamuis mortis demum tempore ius perfectum nascatur, et id tamen in heredes non potest transmitti, quia dies nondum cedit.

§. 634.

Adfinem) Fallit tamen haec regula, 1) si demonstratio desumta sit a certo loco, et ibi nihil tale reperiatur, *L. 108. §. 10 D. de legat. 1.* 2) si nulla quantitas certa expressa, *L. 75. §. ead.* 3) si demonstratio contradictionem inuoluat. Vid. VINNIVS *ad §. 30. h. t. num. 1.*

§. 635.

Sciuisset) Id quod maxime inde colligitur, si legatarius dolo malo falsum quid testatori persuasit, et hic eo errore ductus ipsi legatum reliquit, tunc enim semper legatario obstat exceptio doli mali.

§. 637.

Legatarius) Qua tamen cautione non est opus, siquidem legatum relictum est sub modo, sed quem impleri nec testatoris nec heredis interfuit, tunc enim legatarius iuri in fauorem sui introducto renunciare recte potest.

§. 638.

Captatoria) Quia haec pertinent ad iniustas artes heredipetarum, quas merito auersati sunt omnes legislatores; si tamen formulam hanc, quae in paragrapho habetur, non in tempore futuro, sed praeterito conceperit, ualet legatum, et non captatorium, sed remuneratorium uocatur.

§. 638.

§. 638.

Iniungatur) Alias enim, si factum, quod heredi iniungitur, in se uel licitum, uel indifferens est, illud aut omnino praestandum, aut legata poenae nomine relicta soluenda sunt, quia perinde est, ac si sub conditione esset legatum.

§. 639.

Adfinem) Sunt quidem casus, quibus et aliae actiones locum habent; nam si seruitus legata, legatario competit actio confessoria, §. *2. Inst. de seruit.* deinde si testamentum nullo uisibili uitio laborat, legatarius etiam possessionem rei legatae consequi potest, per remedium *L. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* denique ob legata ad pias caussas singulare remedium iure canonico proditum est in *c. 19. X. de testam.*

TIT. XXI.

DE ADEMTIONE LEGATORVM.

§. 641.

Adimuntur) Quatuor ergo modi sunt, quibus legato quis excidere potest. *Adimitur* enim illud, quoties testator uoluntatem mutat; *transfertur*, quoties circa legatum aliquid mutat, *pro non scripto habetur*, quando nullum est, uel euanescit, denique *tamquam indigno aufertur*, quoties fiscus ob delictum legatarii illud sibi uindicat.

§. 642.

§. 642.

Nequeat) Adplicarunt ueteres hanc diſtinctionem legatis, quae tamen alias locum tantum habet in ſpecificatione, de qua ſupra diximus ad §. 368. et 369.

§. 643.

Sequuta) Ceterum harum exceptionum probationem ſemper in ſe ſuſcipere tenetur heres conſtitutus, cum contra, ubi ex ipſo teſtamento de mutatione uoluntatis conſtat, nulla plane probatione opus ſit.

§. 644.

Legatum) Vbi neceſſario debet fieri repetitio prioris legatarii, e. g. bibliothecam quam primo legaui, iam ſecundo lego; ubi talis repetitio non fit, primus et ſecundus pro coniunctis habentur, inter quos ſupra ius adcreſcendi eſſe diximus. *L. 33. D. de legat. 1.*

§. 645.

Perſona) Immo et in reliquis translationis generibus quinque teſtium praeſentia opus eſt, quia omnis eiuſmodi mutatio uel translatio nouum legatum inuoluit, quod ſine teſtibus non ualet. *L. ult. C. de codicill.*

§. 646.

Perierit) Nempe ſi ſit ſpecies legata uel indiuiduum. Genus enim et quantitatem numquam perire, iam obſeruauimus.

Defecerit) Si tamen legatarius ex ſua parte omnem lapidem mouerit, ut conditionem ad-

adimpleret, per eum autem solum non steterit, quo magis impleretur: ea merito pro adimpleta habetur.

§. 647.

Ad finem) Differentia inter haec pro non scriptis habita et indignis ablata haec est, quod illa in hereditate permanent, haec a fisco uindicantur, unde et ereptitia ueteribus dicebantur.

TIT. XXII.
DE LEGE FALCIDIA.

§. 648.

Liceret) Vera ergo ratio huius legis quaerenda est in uerbis XII. tabb. PATERFAMILIAS VTI LEGASSIT, ITA IVS ESTO: hac enim libertate cum abuterentur testatores, exhaustaque legatis tota hereditate heredi uix quidquam relinquerent, modum legatis statuit Falcidius, ceu patet ex *L. 120, D. de uerb. sign.*

§. 650.

Deest) Quid uero, si heres legata iam integra praestitit? tunc cessat repetitio, si ex errore iuris praestiterit, ceu docuimus infra §. 988. si uero ipse legatarius propria auctoritate legatum occuparit, heredi datur interdictum: quod legatorum, de quo infra §. 1296.

§. 651.

Sit) Id non ita intelligendum, ac si plures coheredes singuli detrahere possint quartam totius hereditatis, sed quod omnes simul una quarta contenti esse teneantur; adeoque quisque saluam habere debeat quartam portionis suae.

§. 652.

Factis) Sunt haec debita priuilegiata, quae moto creditorum concursu in prima statim classe collocantur, ubi tamen obseruandum, ad funeris impensas etiam referri impensas in ultimum testatoris morbum factas, et pro pretio seruorum manumissorum, hodie hoc priuilegio frui mercedem residuam seruorum et ancillarum.

§. 653.

Particularibus) An non et uniuersalibus? minime uero, quia his detrahitur quarta Trebellianica, de qua sequente demum titulo agitur §. 669.

§. 654.

Legata) Quippe quae plane aestimationem non recipit, adeoque nec ullam admittit detractionem.

Possit) Quamuis enim alias in quartam non imputetur, quod quis titulo singulari accepit a testatore: exceptionem tamen id patitur, si diserte eo fine accepit, ut iuri detrahendi quartam renunciet.

TIT.

TIT. XXIII.
DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBVS.

§. 655.

Relinquuntur) Quaenam huius iuris origo ſit, patet ex §. *1. Inſt. h. t.* quibus enim hereditas directe relinqui non poterat, iis per modum fideicommiſſi relinquebatur, cuius rei exemplum eſt apud CICERON. de finib. II, 58. hodie tamen id per SCtum Plancianum abrogatum, ut fideicommiſſum accipere nequeat, qui nec hereditatem accipere poteſt.

§. 656.

Pars) Scilicet pars quota, e. g. dimidia, tertia, quarta; ſi enim tantum pars quanta reſtituenda eſt, e. g. 600. tunc fideicommiſſum eſt ſingulare.

§. 657.

Fiduciarium) Si plures perſonae fideicommiſſo occurrunt, eadem ſimul eſſe poteſt fiduciaria et fideicommiſſaria, *fiduciaria* ratione ſequentis perſonae, *fideicommiſſaria* ratione antecedentis.

§. 658.

Tacite) Modo expreſſum ſit, cuius in fauorem tale quid iniunctum ſit fiduciario; ſi ex uerbis patet, id factum eſſe in fauorem familiae, oritur inde fideicommiſſum familiae, de

de qualibus fideicommiſſis eleganter egerunt KNIPSCHILD. *de fideicommiſſis familiae*, et BETSIVS *de pactis familiarum illuſtrium*.

§. 659.

Gradum) Praeterquam ſi ſit fideicommiſſum familiae, id quod ad nullum gradum reſtringitur, ſed tamdiu durat, quamdiu ſuperſunt maſculi ex illa familia.

§. 660.

Ab inteſtato) Modo fideicommiſſum iniungat heredi extraneo; quod enim ad liberos attinet, iſti onerari non debent in legitima, quippe quam non beneficio parentum, ſed diſpoſitioni ipſius legis debent.

§. 661.

Die) Immo plerumque fideicommiſſa ex die uel in diem relinquuntur, et quidem non ſolum certum, ſed et incertum aliquando, e. g. ſi morietur, quod maxime in fideicommiſſis familiae obtinet.

§. 663.

Auguſtus) Occaſionem totamque hiſtoriam huius iuris reperies in §. *1. Inſt. h. t.* iuncto *pr. Inſt. de codicill.* et facile patet, Auguſtum hic diſceſſiſſe a principio iuris naturae, quod ſoli rogationi nullam tribuit obligationem, nullam efficaciam.

§. 664.

Obligari) Fieri ergo non poterat, quin pleraque teſtamenta, ex quibus fideicommiſſum

missum debebatur, destituta fierent, adeoque nec heres institutus, nec fideicommissarius hereditatem caperent, sed contra intentionem testatoris res rediret ad caussam intestati.

§. 665.

Hereditas) Sensus itaque huius SCti est, quantum rerum hereditariarum transeat in fideicommissarium, tantumdem etiam transire debere aeris alieni, adeoque fiduciarium et fideicommissarium creditoribus teneri pro rata.

§. 666.

Falcidiam) Vere ergo hoc SCtum, nihil aliud fuit, quam extensio legis falcidiae ad fideicommissa uniuersalia, qua ideo opus fuit, ne testamenta fierent destituta, si fiduciarius nihil lucri sperare posset.

§. 668.

Pegasiano) Non tam hoc SCtum, quam eius nomen explosum, notum enim est, hodie non amplius quartam uocari Pegasianam, sed potius Trebellianicam, cum tamen ex SCto Trebell. originem non capiat. Alias dispositio SCti Pegasiani non abolita, sed cum Trebelliano in unum conflata est.

§. 671.

Posse) Immo si pertinaciter recuset, ne opus quidem est restitutione, sed fideicommissarius ipse adire potest hereditatem *Nou. I. c. 2.*

§. 672.

Prohibuerit) Quam tamen caussam aliqui in dubium uocant, ueluti CHRISTINAEVS *Vol. 1. Decis. 316.* ex ea ratione, quod ita frustraneum esset SCtum Pegasianum. Sed haec ratio tantum docet, parum prudenter id permissum esse testatoribus, non autem istud iuri repugnare.

TIT. XXIIII.
DE SINGVLIS REBVS PER FIDEICOMMISSVM RELICTIS.

§. 674.

Differunt) Huc tamen referuntur uerba: *uolo, mando, impero*, quia et sic heredi aliquid iniungitur, quod alteri tamquam fideicommissario praestare debeat. §. *3. Inst. h. t.*

§. 675.

Testibus) Aut enim relinquuntur testamento, aut codicillis: si prius, opus est septem testibus; sin posterius, quinque, adeoque non potest testator heredi praesenti iniungere, ut legatum praestet.

TIT. XXV.
DE CODICILLIS.

§. 676.

Codicillis) Dicti hi a *codice*, quo uocabulo etiam testamenta ueteribus ueniebant,

bant, ueluti in illo IVVENAL. Sat. X.

- - - - - - *codice saeuo*
Heredes uetat esse suos.

§. 678.

Ad finem) Plura exempla tum ex iure, tum ex aliis monimentis collegit BARN. BRISSONIVS *de formulis pop. Rom. libr. VIII.*

§. 679.

Testae) Vnde mirifice falsus est DAN. HEINSIVS, qui in libello *de satyra Horatiana*, Trebatium ICtum tamquam dubiae sanitatis hominem traduxit, quam sententiam solide profligauit GVNDLINGIVS in *dissert. sing. de C. Trebatio Testa.*

§. 680.

Sollemnis) Ex quo facile patet, quaecumque sollemnitatem exigunt, ea in codicillis exsulare debere, e. g. heredis institutionem, substitutionem, exheredationem.

§. 681.

Testato) Quamuis uero tunc unicum tantum ualere possit defuncti testamentum, nihil tamen prohibet, quo minus plures exstent codicilli, dummodo sibi inuicem non sint contrarii, tunc enim posterior derogat priori, quod secus se habet si codicilli non contraria, sed diuersa tantum heredi iniungunt.

Cadunt) Praeterquam si testamentum querela inofficiosi rescinditur, tunc enim nihilominus ualere potest codicillus, quia tantum

heredis restitutio rescinditur, reliqua ultimae uoluntatis capita in saluo manent.

§. 682.

Donare) Immo et tutorem dare, modo testamento confirmati sint codicilli, qua de re diximus supra §. 213, 2.

§. 684.

Testamentifactio) Immo si codicilli statim post testamentum scripti sint, uocantur *scheda testamentaria*, et tunc etiam sine testibus ualidi sunt. Vid. BOEHMERI *Dissertat. de codicill. sine testib. ualid.* Quod uero additur de mulieribus, est quidem uerissimum, et plurium ICtorum suffragio probatum, tutius tamen semper est adhibere masculos, quia nonnulli hic dissentiunt, ueluti VINNIVS *ad.* §. 3. *Inst. h. t. n. 2.*

§. 685.

Codicillaris) Cuius unicus effectus est satis magni momenti, ut institutio heredis directa mutetur in fideicommissariam, quasi dixerit testator: PROXIMI COGNATI MIHI HEREDES SVNTO, EOS VERO ROGO, VT DETRACTA TREBELLIANICA RELIQVAM HEREDITATEM HEREDI INSTITVTO RESTITVANT.

§. 686.

Liberorum) Non enim hic diuersa institutio flecti potest in fideicommissum, partim quia liberi aut instituendi, aut nominatim exhere-

heredandi ſunt, §. 250. partim quia teſtator heredes ſuos non poteſt onere fideicommiſſi grauare, cum legitima iſtis debeatur ex prouiſione legis.

§. 687.

Poſſit) Quod ſatis abſurdum eſt, cum teſtamentum fiat deſtitutum, ſi heres uel nolit, uel non poſſit adire. Neutro autem caſu poteſt quis fideicommiſſum petere, adeoque nihil proderit hic herba iſta Getonica.

* * * * * * * * * * *

LIBER III.

TIT. XIII.

DE SVCCESSIONE AB INTESTATO SECVND. NOV. CXVIII.

§. 741.

Fundamentum) Cum olim fundamentum ſucceſſionis in eo conſiſteret, quod admitterentur tantum, qui eſſent de familia. Hinc excludebantur emancipati liberi, itemque cognati, quin et ipſa mater, quia hi omnes ad familiam minus pertinere uidebantur.

§. 742.

Adſcenderet) Aliquando tamen adſcendentes et collaterales ſimul admittuntur, ſi nimirum adſint parentes, nec non fratres uel

 ſoro-

sorores germani, germanorumque liberi. Tunc enim hi omnes simul admittuntur.

§. 743.

Cognatos) Quae regula in allodialibus tantum ualet. Quod enim ad feuda attinet, in istis cognati plane exclusi sunt, nisi sint simultanee instituti. Immo et in maioratibus et fideicommissis familiae soli agnati succedunt, quia hi soli ad familiam pertinent.

I. DE SVCCESSIONE DESCENDENTIVM.

§. 745.

Feminas) Iure tamen Saxonico masculi praecipuas habent res expeditorias, (das Heergewette) feminae utensilia, (die Gerade) quam tamen etiam filii clerici cum sororibus communem habent, modo uere ordinati sint.

§. 746.

Stirpes) In capita succedere dicuntur, qui totam accipiunt uirilem portionem, in stirpem contra, quia simul una portione uirili contenti esse tenentur, eamque inter se diuidere.

§. 747.

Peruenerat) Id quod tamen hodie ideo cessat, quia apud nos cessant poenae secundarum nuptiarum, adeoque e. g. uxor ad secunda transiens uota non amittit proprietatem rerum,

rum, quae ex priore matrimonio ad illam peruenerant.

§. 748.

Legitimati) Qui tamen non ſuccedunt in feudis, *2. Feudor. c. 26.* §. *naturales.* Fieret enim haec legitimatio in praeiudicium agnatorum et domini. Deficientibus tamen agnatis, ſi dominus ſimul ſit princeps, recte legitimatio fieri poſſet eo effectu, ut et filius naturalis in feudo ſuccedat.

§. 749.

Succedunt) Scilicet patri, non autem eius uxori, ſiquidem adoptio quidem iura agnationis, non autem cognationis tribuit. Vid. *Nou. CXVIII. c. 1.* §. *2.* ubi etiam monetur, in adoptione minus plena filium et patri naturali et adoptiuo ab inteſtato ſuccedere.

§. 750.

Diuidendum) Quod tamen de eo caſu intelligendum, ſi pater inteſtatus morietur. Quum enim haec non ſit portio legitima: nullum eſt dubium, quin patri libera ſit teſtamentifactio, adeoque et ius, illegitimum ab hereditate excludendi.

Habentur) Vbi tamen non intelligenda naturalia alimenta, quia duriſſimum eſſet, innocentes liberos ad famem et ſitim damnare, ſed ciuilia tantum, quae ratione conditionis paullo lautiora praebentur.

II. DE SVCCESSIONE ADSCENDENTIVM.

§. 751.

Hereditas) Quia uero parentes liberis turbato naturae ordine ſuccedunt, ac proinde hereditatem non ſine lacrymis et planctibus adeunt, leges noſtrae eleganter hanc hereditatem uel ſucceſſionem uocant *luctuoſam*.

§. 752.

Lineas) Si ſcilicet ex linea materna et paterna parentes eiuſdem gradus ſuperſint. Hinc ſi e. g. ſuperſtites ſunt auus et auia paterni, et auia materna; haec ſemiſſem capit, alterum auus et auia paterni inter ſe diuidunt.

§. 754.

Diuidant) Attamen pater omnino retinet uſumfructum maternae etiam portionis, ſi filius tempore mortis adhuc in eius poteſtate fuit. *L. fin. C. ad SCtum Tertull.*

§. 755.

Admitti) Aliud in Saxonia, ubi parentes fratres et ſorores etiam germanos excludunt, id quod Saxones uocant den Schoßfall. Contra iure et conſuetudinibus Auſtriacis ſucceſſioni adſcendentium plane non eſt locus, quemadmodum et iure feudali illa plane ignorantur.

§. 756.

Poteſtate) Itaque haec eſt exceptio a regula. Regulariter enim omnis ſucceſſio inter adſcen-

adſcendentes et deſcendentes eſt reciproca. In ſola adoptione minus plena caſus eſt contrarius, quia liberi quidem ſuccedunt patri adoptiuo, non pater liberis.

III. DE SVCCESSIONE COLLATERALIVM.

§. 759.

Vocantur) Quo tamen non obtinet iure Saxonico, quippequod non agnoſcit ius repraeſentationis inter collaterales, adeoque iure Saxonico fratres et ſorores excludunt fratrum et ſororum liberos, quippe gradu remotiores. Id quod tamen non obtinet in urbibus Marchicis, quibus adhuc eſt ius Saxonicum, uelut Groſnae, Lillichauiae, Cotbuſi, et Sommerfeldae, quia caſus iſti de ſucceſſione diſerte excepti ſunt.

§. 760.

Vnilaterales) Et hic etiam aliter philoſophantur Saxones, apud quos obtinet regula: die halbe Geburt tritt einen Grad weiter. E. g. frater unilateralis iure Saxonico eſt in gradu tertio, et hinc ſimul ad hereditatem admittitur cum germanis liberis.

§. 762.

Cognatis) Semper enim reſpiciendum eſt ad principium, cuius ſupra meminimus §. 180. ubi diximus, arrogatum in arrogatoris fa-

miliam transire, adeoque illum accipere patrem, non autem eius uxorem matrem.

IIII. DE SVCCESSIONE CONIVGVM.

§. 763.

Vxor) Quo casu totam hereditatem capit superstes, quia aequum uisum est praetori, coniugem superstitem praeferri fisco, qui alias bona uacantia occupare solet.

§. 764.

Decesserit) Caeterum haec successio ex hac *authentica* hodie paullo rarior est, quia plerisque locis prospectum est coniugi superstiti de portione statutaria, eaque plerumque pinguiore, quam quae ex hac authentica adquiritur.

V. DE SVCCESSIONE FISCI.

§. 766.

Corpora) Nectamen omnia, sed quibus per modum priuilegii hoc indultum est, qualia sunt collegia decurionum. *L. 4 C. de heredit. decur. nauicular. L. 1. C. eod.* ac denique fabricensium. *L. 3. C. eod.*

TIT. XIIII.
DE OBLIGATIONIBVS.

§. 767.

Teneatur) Itaque ex iure ad rem nascitur tantum actio personalis aduersus istum, qui se

se mihi obligauit, numquam aduersus tertium, nisi actio sit in rem scripta, quippe quae reales imitatur. Notandus itaque ea de re est textus classicus, puta *L. 20. C. de pact.*

§. 768.

Egredi) Atqui ex conuentionibus etiam heredes obligantur. Resp. hos, quia succedunt in omnia iura defuncti, cum defuncto pro eadem persona haberi, adeoque et pacta eius praestare debere, quamuis haec regula in delictis fallat, quoties de poena agitur.

§. 769.

Elidit) Quo inprimis etiam pertinent restitutiones in integrum. Quae uero iure stricto ciuili ualida sunt, ea saepe praetor rescindit data restitutione in integrum, e. g. quamuis qui coactus promisit iure ciuili soluere teneatur, praetor tamen aequitate motus dat actionem quod metus caussa.

§. 770.

Adpellantur) Quae etiam effectu differunt, siquidem ciuiles semper sunt perpetuae, adeoque intra XXX. annos ex iis potest agi, praetoriae autem quaedam tantum durant annum, cuius rei elegantem reddunt Institutiones nostrae *pr. tit. de perpet. et tempor. action.* „*actiones, quae ex propria praetoris iurisdi-„ctione pendent, plerumque intra annum uiuere, „quia et ipsius praetoris intra annum est imperium.*„

§. 771.

§. 771.

Obligatorio) Et quidem proprio. Quamuis enim LAVTERBACHIVS in *Compend. Tit. de obligat. et act. p. 621.* etiam ex alieno facto, ueluti serui uel filii familias, obligationem nasci existimet: negandum tamen uidetur, obligationem istam esse ex facto alieno, quia pater aut iussit, aut peculium dedit, aut alio facto sese obstrinxit.

§. 773.

Pactio) Vbi ante omnia obseruandum, pactionem uel pactum accipi uel in sensu latiore, uel in strictiore, et in latiore quidem contractus etiam comprehendere, in strictiore contractibus opponi.

§. 776.

Praesentem) Hinc probe obseruandum, non omne uocabulum iuridice esse nomen, sed illud demum, ex quo actio eiusdem nominis nascitur: hinc omnes istae conuentiones, ex quibus nascuntur actiones praescriptis uerbis uel in factum, uel in conditiones ex lege, non habere dicuntur nomen, sed caussam saltim.

§. 777.

Est) Quae enim pacta adiiciebantur contractibus stricti iuris, uel non in continenti, sed ex postfacto demum accedebant, nullam actionem producebant, sed exceptionem, quia pro parte istius contractus non habebantur.

tur. Vid. BYNKERSHOEK. in *dissert. ad L. Lecta de reb. cred.*

§. 778.

Nascuntur) Falluntur ergo, qui quasi contractus deriuant ex consensu tacito: tacitus enim consensus uerus est, et ex facto colligitur, cum praesumtus sola fictione nitatur, sed tali, quae fundamentum habeat in aequitate naturali.

§. 779.

Facias) Quoties in hisce contractibus obligatio est ad dandum, toties non intelligenda est pecunia numerata, (sic enim fieret contractus nominatus, e. g. emtio uel locatio) sed potius aliud quid, quod est in commercio, quale exemplum in permutatione uidemus.

§. 780.

Consensu) Vt uero hanc intelligas diuisionem, obseruandum erit, contractum ab eo nomen accipere, a quo incipit obligatio. Sic reales ideo ita uocantur, quia obligatio incipit a rei traditione, uerbales, quia a uerbis sollemnibus pronunciatis, consensuales, quia a consensu perfecto.

§. 781.

* *Iuris*) Non fallit haec regula, nisi in unica actione ex stipulatu de dote, quippe quam Iustinianus uoluit esse bonae fidei, cum tamen alias stipulatio sit contractus stricti iuris, *L. un. C. de rei uxor. act. toll.* sed ratio est, quia haec

haec actio ex stipulatu in locum rei uxoriae successit.

§. 782.

Est) Ex quo liquet, cur actiones contrariae non sint famosae, cum tamen quaedam directae infament, ueluti actiones directae depositi, pro socio, tutelae, et mandati. Rationem eleganter reddit ICtus in *L. 6. §. 7. D. de his, qui not. inf.* quia nimirum in contrariis actionibus non de perfidia agitur, sed de calculo.

§. 783.

Damnum) Vnde hic non agitur de damno, quod delinquendo datur, quippe ex quo nascitur actio legis Aquiliae, de qua infra *libro IIII. tit. III.* agitur, sed de damno, quod contrahendo quis dedit, quodque plerumque emendatur actione ex ipso contractu nata.

§. 784.

Machinatio) Breuius hae definitiones concipi possunt hunc in modum: *dolus* est propositum alterum iniuste laedendi; *culpa* est omissio diligentiae, ad quam quis obligatus; *casus* denique est euentus; qui nec proposito nostro, nec negligentiae potest imputari.

§. 785.

Antecessum) Ex quo simul ratio huius regulae erui potest, quia nimirum huiusmodi pactum homines inuitat ad peccandum, adeoque contra bonos mores est.

Tute-

Tutela) Cur autem non in reliquis contractibus? Ratio differentiae haec est, quia reliqui contractus ineuntur a quolibet cum quolibet: hi quatuor autem non nisi inter amicos, quorum in fide et industria magnam fiduciam collocauimus. Turpe autem est amicum ab amico sub specie amicitiae decipi.

Directa) Praeterquam in mandato, ubi et mandans potest infamis propter dolum fieri, si dolo malo alterum, qui pro se fideiussit, indemnem praestare nolit. *L. 6. §. 5. D. de his, qui not. inf.*

§. 787.

Solitam) Si tamen res magis ad artem et ingenium pertinet, quam ad oeconomiam, tunc loco patris familias artifex pro fundamento et mensura ponitur. *L. 9. §. 5.* et *L. 3. §. 5. D. loc. cond.*

§. 788.

Est) Fallit tamen hoc in tutela, quamuis enim tutor omne incommodum sine commodo subeat, nihilominus tamen ad culpam leuem praestandam tenetur, quia interest reipublicae, rem pupilli saluam esse.

TIT.

TIT. XV.
QVIBVS MODIS RE CONTRAHITVR OBLIGATIO.

§. 791.

Depositum) Sed an non quartus quoque addendus est contractus realis, nempe sequestrum? Id merito negatur, quia hoc ne contractus quidem nomen meretur, quippe quod non fit consentiente utraque parte, sed plerumque inuitis litigantibus, sibique ius possidendi uindicantibus.

§. 792.

Fiat) Quod adeo absoluit naturam mutui, ut ueteres ideo existimarint, mutuum dictum esse, quia ex meo fiat tuum. Quae etymologia, quamuis falsa sit, satis tamen indicat, ueteres existimasse, in mutuo transferri dominium.

§. 793.

Alienatio) Esse alienationem probatur manifesto, quia omnes effectus translati dominii sunt penes debitorem. Nam 1) ex meo fit tuum *L. 7. §. 2. D. de reb. cred.* 2) debitor libere disponit de rebus creditis, 3) idem casum fert et rei interitu non liberatur. *L. 1. D. de oblig. et action.* Opponit quidem SALMASIVS *L. 55. D. de solut.* ubi non alienari dicuntur nummi, qui sic dantur ut recipiantur. Sed respondetur, ibi esse sermonem de nummis commodatis,

datis, non mutuo datis. Deinde aes mutuo datum dicitur quidem alienum, non quia non transferatur dominium, ſed quod non computatur in uires patrimonii.

§. 794.

Condici) Vbi quaerunt, quaenam detur condictio? et manifeſtum eſt, intelligi condictionem ſine cauſſa, quia debitor pecuniam poſſidet ſine iuſto titulo. *L. 19. §. 1. D. de reb. cred.*

§. 795.

Contractus) I. e. ad ualorem internum, qualis tum erat, cum contraheretur mutuum. Hinc ſi poſtea imminutus eſt iſte ualor, praeter ſummam ſoluendum eſt ſuperpondium, quod uocant Agio; ſin creuit monetae ualor, tantum detrahendum eſt, quantum minoris tum moneta fuit.

§. 796.

Vſuras) Hinc ſi quis uſuras ſibi ſolui uellet, iſtas ſibi ſeparatim ſtipulari debebat, et tunc eo nomine inſtituebat condictionem ex ſtipulatu. Id quod hodie aliter conſtitutum per *R. I. de anno 1600.* §. ſo viel nun, ſecundum quem uſurae etiam propter ſolam moram debentur.

§. 797.

Fungibilis) Poteſt quidem et fungibilis commodari, ueluti pecunia, cuius rei exemplum exſtat in *L. 4. D. h. t.* ſed tunc non datur

L tam-

tamquam res fungibilis, ut consumatur, sed ut salua substantia quis utatur.

§. 798.

Dominium) Nisi res detur commodato sub certa aestimatione uenditionis caussa facta, e. g. commodo tibi equum ad hoc iter, si saluus non redierit, tu pro isto dabis quinquaginta.

§. 799.

Committeret) Ob quod tamen hodie ex furto non esset agendum, uti id fiebat apud Romanos teste VAL. MAX. VIII, 2. sed potius agendum esset ad id, quod interest, quia hodierno iure factum est crimen publicum, et quidem capitale.

§. 800.

Interueniat) Differentiam iam ostendimus in scholio huius §. cui addere potes mercedem peti posse actione ex stipulatu, honorarium contra actione in factum, seu praescriptis uerbis.

§. 801.

Praestet) Primus est hic contractus, in quo de praestatione culpae quaeritur. In mutuo enim haec quaestio ideo occurrere nequit, quia in isto contractu transfertur dominium: culpa autem non in re propria, sed aliena praestari solet.

§. 802.

Teneatur) Praeterquam si in mora sit restituendi, et ea occasione res perierit. Mora enim in iure nostro pro culpa habetur.

§. 805.

§. 805.

Fecerit) Vbi sumtus modici dicuntur minores locario ordinario, immodici, qui locarium istud excedunt.

§. 806.

Mobilem) Ergo immobilis proprie non deponitur. Nec obstat *L. 186. D. de uerb. sign.* ubi *commendare* idem esse dicitur, ac *deponere*. Id enim uerum est, si termini sint habiles, i. e. si adsit res mobilis. Potius ergo hoc pro mandato habendum, si quis rem immobilem alteri se absente commendat. *L. 5. §. 4. D. de praescript. uerb.*

§. 807.

Vsus) Nisi depositum sit irregulare, quale fit, si deqositario uel expressis uerbis usus conceditur, uel res dantur nec obsignatae, nec inclusae, quum tamen sint fungibiles.

§. 808.

Degenerare) Et quidem in locationem, si pecunia numerata intercedat; in contractum innominatum do ut facias, si aliud quid detur pro pecunia, u.c. medimnus frumenti.

§. 809.

Culpam) Quod non mirandum, quum ex HERODOT. *libr. I.* et IVVENAL. *Sat. XIII.* pateat, etiam consilium defraudandi deponentem tum turpe uisum esse ueteribus, ut Glaucum ideo cum tota familia interiisse scribant, quod de interuertendo deposito cogitarit.

§. 810.

Mutuum) Quo casu ex principiis iuris hodierni depositarius etiam ad usuras tenebitur propter solam moram, per ea quae notauimus ad §. 796. ex *R. I. de a. 1600.* §. **so viel nun.**

§. 811.

Irregulare) Quia tunc ex deposito fit mutuum: in mutuo autem debitor fit dominus, ac proinde merito casum sustinet.

§. 812.

Teneatur) Obseruandum hic est, olim depositarium ob dolum malum semper condemnatum esse in duplum, siue simplex esset depositum, siue miserabile, ceu docet VLPIANVS in *Fragm. b. t.* Postea uero praetor hanc distinctionem adinuenit, eaque hodienum utimur.

§. 813.

* *Grauiores*) Quales sunt omnes, quae cum praeiudicio irreparabili sunt coniunctae. Extra hos casus ideo prohibita est sequestratio, quia nemini debet auferri beneficium possessionis, de quo infra §. 1286, 3.

§. 815.

Potest) Quod ideo inuentum, ne obtentu harum exceptionum depositum possit abnegari. Interim iusta est exceptio, si e. g. furiosus deposuerit gladium, eumque iam repetere uelit, tunc satius est, eum restituere magistratibus

tibus uel cognatis eius, quam ipsi furioso reddere.

§. 817.

Indemnitatem) Quo etiam pertinet abolitio cautionis, nec non salarium uel honorarium pro administratione hactenus suscepta.

§. 818.

Pacto constituta) Notanda et alia differentia pignoris et hypothecae, nimirum quod pignus in re mobili et immobili consistere potest, cum hypotheca in rebus mobilibus plerisque frustranea et nullius usus sit. Praeterea ius pignoris est ex iure ciuili, ius hypothecae est ex iure praetorio.

Persequendas) Vnde absurde ita concipitur libellus: Daß Beklagter die verpfändete Sache Klägern so lange abzutreten schuldig, bis er wegen ausgeklagten Capitals und Interesse seine Befriedigung erhalten.

§. 819.

Crediti) Hinc nec dominium, nec usus rei in creditorem transit, nisi accesserit pactum antichreticum. Vnde nec creditor possidere dicitur iuridice uel ciuiliter pignus, quia non potest habere animum sibi possidendi, quamuis naturaliter possideat.

§. 820.

Transfertur) Nisi accesserit pactum antichreticum, quo res ita traditur, ut credior simul

mul fructus percipiat loco usurarum, de quo pacto paullo post. §. 822.

§. 821.

Alienas) Quid uero si rem alienam quis oppignorauerit inconsulto uel inuito Domino? tunc hoc factum incidit in crimen stellionatus, de quo §. *3. et 4. D. de stellion.*

Litigiosas) Quum vero istae sint inalienabiles, simulac lis fuerit contestata, alienatio autem non solum fiat per translationem dominii, sed et per oppignorationem, *L. 1. C. de reb. alien. non alienand.* consequens est, ut eiusmodi res nec possint oppignorari.

§. 822.

Vsurarum) Quid uero, si fructus eius modi pignoris usurarum modum excedant? Resp. tunc creditorem non teneri ad rationes reddendas, si fructus sint incerti, nisi excessus admodum sit immodicus. Ob certos autem semper tenetur, nisi excessus nullius plane sit momenti. Vt itaque hoc onere quis se liberet, cosultissimum erit, loco pacti antichreseos inire contractum emtionis cum pacto de retrouendendo. Tunc enim fit dominus, nec ad rationes reddendas tenetur.

§. 823.

L. 23. §. 1. D. eod.) Docuit enim NOODTIVS *Probabil. I, 4.* post uocem: *culpa*, ponendum esse *colon*, et pro *ut*, rescribendum esse, *at*.

§. 824.

§. 824.

Pignoratitia) Non confundenda tamen cum actione Seruiana uel quasi Seruiana, quae et ipsa tamen obligando pignoratitia uocari solet. Illa enim realis, haec personalis est; illa praetoria, haec ciuilis; illa creditori datur; haec directe debitori.

§. 825.

**Retentionis*) Non ergo tunc res oppignorata amplius consideratur tamquam pignus, sed creditor in eo utitur iure retentionis, quod ius omnibus competit, qui debitoris res iusto titulo possident, quamuis ista possessio tantum naturalis sit, ut rem non teneantur restituere, donec debitum exsolutum sit.

TIT. XVI.
DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

§. 827.

Perficiuntur) Vnde hi non sunt contractus iuris gentium, sed iuris ciuilis, quia omnes sollemnitates sunt arbitrariae, ac proinde a legislatoris uoluntate, uel consuetudine gentium pendent. Videatur GROTIVS in *iure belli et pac. libr. II. c. 11. in pr.*

§. 828.

Operarum) Cum uero operae a liberto praestarentur uel officiales (welche blos in der Aufwartung bestunden) uel fabriles, quae pro diuersitate opificii, quod libertus exercebat diuersissi-

mae erant. Illae et ſine promiſſione debebantur, hae non niſi iureiurando intercedente promiſſae. Videatur *tot. tit. D. de oper. libert.*

§. 829.

Reſpondendo) Ex quo ſimul patet, cur baptiſmus *1. Pet. III, 21.* uocetur *ſtipulatio bonae conſcientiae erga Deum.* Notae enim ſunt interrogationes baptismales et reſponſiones congruae, quas antiquiſſimas eſſe, uel ex hoc loco diſcimus, cui iungendus eſt TERTVLLIANVS in libro *de baptiſmo.*

Obligaretur) Vnde hic contractus eſt acceſſorius, quia tamquam aliquod firmamentum reliquis omnibus contractibus accedere poteſt, §. *3. Inſt. de diuerſ. ſtipul. L. 1. §. 3. D. de act. emt.*

§. 830.

Factum) Immo aliquando hae ſtipulationes non modo incertae ſunt, uerum etiam ridiculae, ſi nimirum non genus ſubalternum, ſed ſummum ſit promiſſum, e. g. ſi quis Titio promiſerit animal.

§. 832.

Vitiat) Rationem reddidimus ſupra ad §. cit. quia nempe qui in impoſſibilem conditionem conſentit, aut inſanire, aut iocari uidetur. Priore uero caſu obligari non poteſt, poſteriore non uult.

Exceptione) Id eſt ipſo iure non tollitur obligatio, tempore elapſo, ſed per modum exceptio-

ceptionis tantum eliditur. Ratio quaerenda est in *L. 17. D. de pact.* quia nempe in contractibus stricti iuris pacta adiecta exceptionem tantum producunt, non autem actionem.

Retrotrahitur) Hinc si e. g. pater filio stipulatus esset 100. cum eum adhuc in potestate haberet, sub conditione, si nauis domum redierit, pater potest usumfructum huius pecuniae sibi uindicare, etiam si nauis emancipato iam filio domum redierit.

§. 833.

Promittentis) Nec enim cautio Muciana, de qua supra *Tit. de hered. constitut.* diximus, ad contractus, sed ad ultimas tantum uoluntates pertinet. Praeterea CVIAC. Obseru. XIIII, 32. huic cautioni in stipulatione locum esse uel ideo negat, quod haec est contractus stricti iuris. Enim uero ob identitatem rationis hodie nemo dubitabit, praestandum esse promissum praestita cautione Muciana.

Stipulari) Hodie tamen aiunt ex eiusmodi promissione actionem nasci posse, quod concedo, si agat quis tamquam mandans. Fingitur enim, mandatum intercessisse, si postea accedat ratihabitio, quae retrotrahitur ad initium negotii.

§. 835.

Promisit) Non autem ad usuras, quae ex contractibus stricti iuris non debentur, nisi speciatim in stipulationem deductae sint.

L 5 Aliud

Aliud hodie per *Rec. Imp. de a. 1600.* § ſo viel nun.

§. 836.

Ex L. 72.) Ex ea enim et reliquis tantum id colligitur, ſtipulatori eſſe electionem, utrum factum exigere malit, an id quod intereſt, non autem promittenti, qui ex natura pacti tenetur ad faciendum id, quod promiſit. Vid. THOMASII *Diſſert. alleg.*

§. 837.

Adiicere) Cuius quantitas poteſt eſſe, quamtamcumque ſibi ſtipuletur aliquis, ſi alter promiſerit, ſe quid facturum. Si quid enim alter daturum ſe pollicitus eſt, conuentionalis iſta poena non poteſt excedere modum uſurarum legitimarum.

§. 838.

Sunt) Quamuis enim in formulis MARCVLPHI aliiſque iuris Germanici monumentis ſaepiſſime mentio fiat ſtipulationum, ibi tamen id uocabulum non denotat interrogationem et reſponſionem congruam, ſed ſtipulatam manum, qui ritus inter Germanos eſt antiquiſſimus.

TIT.

TIT. XVII.
DE DVOBVS REIS STIPVLANDI ET PROMITTENDI.

§. 839.

Adquirunt) Itaque regulariter obligationes tum actiuae tum passiuae inter plures et promittentes et stipulantes sunt diuisae, e. g. ut si Titius et Meuius promiserint 100, singuli 50. soluant, et si duobus promissi sint 100, singulis 50. debeantur.

§. 840.

Tenentur) Hoc ita intelligendum, quod ab uno tota promissa summa possit exigi, uel unus totam summam promissam possit exigere, ita tamen, ut si unus soluerit, uel uni solutum sit, obligatio exspiret.

§. 843.

Stipulandi) Itaque correi iure Romano fiebant tantum per stipulationem, i. e. per interrogationem et responsionem congruam. Itaque duobus respondentibus ad unius interrogationem, constituebantur rei promittendi. Vno uero respondente ad duorum quaestiones, constituebantur correi stipulandi.

§. 844.

Vor alle) Non numquam et Latine exprimitur haec formula: Wir versprechen in solidum. Ceterum huiusmodi uerbis absolute est opus, alias nulla adesse censetur cor-

correalis obligatio. Hinc e. g. ſi duo ſubſcripſerunt cambio, quod in ſingulari numero conceptum eſt, id uocatur AVAL, et primus tantum tenetur tamquam debitor principalis alter tamquam fideiuſſor.

§. 845.

Nouiſſimo) Scilicet ſi textum conferamus Graecum, a quo Latina uerſio plane diſcrepat. Quia tamen haec in foro recepta eſt, dubitari nequit, quin et error hic ius fecerit. Videatur HAHNIVS *ad Weſenb. h. t. n. 5.*

§. 847.

Egrediatur) I. e. nemo poteſt ex ſtipulatione conueniri, niſi is, quocum ſtipulatio eſt inita. Cum ergo inter correos nulla intercedat ſtipulatio, actionem quoque ceſſare oportebit, niſi aliud adſit fundamentum, quale etiam tunc adeſſe cenſetur, ſi qua obligatio utrique titulo oneroſo quaeſita eſt.

§. 849.

Suſtinet) Opponi hic ſolet *L. 16. D. h. t.* ubi dicitur, ſeruum hereditarium ſtipulantem nihil agere. Sed adiicitur ibi expreſſe, eum nihil agere, ſi futuro heredi nominatim ſtipuletur, additurque ratio, quia ſtipulationis tempore heres dominus eius non fuit, qui caſus a noſtro plane diuerſus eſt.

§. 850.

Factum) Ratio differentiae manifeſta eſt. Seruus enim quia non erat perſona, nihil proprii

prii habere poterat, at poterat tamen et agere et pati, adeoque sibi omnes stipulationes adquirere, quae in facto consistebant.

TIT. XVIIII.
DE DIVISIONE STIPVLATIONVM.

§. 852.

Conuentionales) Tria ergo priora stipulationum genera nituntur auctoritate publica, et personarum publicarum iussu interponuntur, ultima species tantum priuata est. Vnde priores etiam cautiones uel satisdationes uocari solent.

§. 853.

Vtriusque) Praetoriae ergo cautiones tantum praestari debent ante litis contestationem, iudiciales post eamdem. Communes tum ante, tum post litem contestatam.

§. 854.

Contigerit) Tunc tamen non praestatur damnum casuale, e. g. quod per tempestatem contingit, sed quod ex uitio et ruina aedium uetustarum accidit, *L. 34. pr. D. h. t.* Si quis sibi talem cautionem praestari non curauit, alter non tenetur nisi ad rudera auehenda. Immo et hoc onere liberatur, si rudera uelit pro derelictis habere.

§. 855.

§. 855.

Venerit) Ea tamen cautione non eſt opus, ſi uel fiſcus legatum ſub conditione uel die debeat, *L. 1. §. 18. D. ut legat. ſeru. cauſſ. cau.* uel ſi in diem legata ſit res immobilis, quippe quae loco moueri nequit. Vid. *L. 1. D. ut in poſſeſſ. leg. cauſſ.*

§. 856.

Reſtituturum) Immo ſi metus ſubſit dilapidationis, hoc caſu decerni poſſe ſequeſtrationem, iam ſupra demonſtrauimus ad §. 812. in *ſchol.*

§. 858.

Praeſtent) Reuera ergo haec eſt cautio de euictione, quam coheres coheredi debet, etiamſi iſtam ſibi in ſpecie non ſit ſtipulatus. Vnde etiam ſunt, qui hanc cautionem pro ſuperflua habent, quod ego tamen minime conceſſerim.

§. 859.

Dubitatur) Quoties tamen praeſumtio eſt, alterum non eſſe falſum procuratorem, quod colligitur ex coniunctione perſonarum, uel ex litteris priuatis, toties quis admittitur cum cautione de rato.

§. 860.

Contrahendarum) Ceterum hae a praetoriis in eo quoque differunt, quod praetoriae ſemper requirunt fideiuſſores, *L. 7. D. de praet. ſtipulat.* cum conuentionales etiam in nuda repromiſſione conſiſtere poſſunt, uel in pignoribus, iureiurando, cet. §. 861.

§. 861.

Facta) Vocatur hoc chirographum ein Cautions-Schein, idque communicandum est cum altera parte, ut haec moneat, si uel clausula, uel renunciatio desit, uel fideiussor plane sit inidoneus. Emendatum hoc modo chirographum si actio insinuetur, satis praestita censetur cautio.

TIT. XX.
DE INVTILIBVS STIPVLATIONIBVS.

Rubr. *Inutilibus*) Id est, ex quibus nec obligatio, nec actio nascitur, et nec res, nec aestimatio debetur, nec poena denique conuentionalis *L. 103. D. de uerb. oblig.* et *L. 69. D. eod.*

§. 863.

Stipulari) Opponitur *L. 40. D. de reg. iur.* ex qua patet, furiosi et eius, cui bonis interdictum est, nullam esse uoluntatem. Sed resp. nulla eorum uoluntas est in se obligando, non autem in stipulando, dum meliorem reddunt conditionem suam. Vid. WISSENB. in *Comment. ad tit. de reg. iur. ad hanc L. 40.*

§. 864.

Habentur) Exceptio tamen est in peculio castrensi et quasi castrensi, quia in isto filius familias pro patre familias habetur, adeoque perinde est, ac si pater sibi stipulatus esset.

§. 865.

§. 865.

Filio) Puta emancipato. Nam si adhuc in potestate est, unam cum patre personam constituit, adeoque perinde est, ac si pater sibi stipulatus esset.

§. 866.

Fore) Quam maxime enim contutorum interest, rem pupilli saluam esse, quia alias non ipse modo tutor gerens, sed et honorarii ad indemnitatem tenentur. Vnde uere non alteri stipulantur, sed sibi.

§. 867.

Commercio) Et quidem absolute, e. g. templum, uel alia res sacra, si enim tantum certo respectu et ratione certarum personarum res non sit in commercio: sufficit eam esse in commercio stipulantis. Hinc Christianus a Iudaeo sibi stipulari potest mancipium Christianum, non autem Iudaeus a Christiano. Vid. *tit. C. ne Christ. mancip. haeret. uel Iud. uel pag. hab.*

Nequeunt) Quae enim facta laedunt pietatem, existimationem, et uerecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, quae contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est, eleganter monet PAPINIANVS *L. 15. D. de condit. instit.*

§. 868.

Effecturum) Tunc enim nihil alieni promisit, sed propriam diligentiam, qua adhibita merito liberatur, nisi simul promiserit indem-

demnitatem, quo casu ad omne damnum resarciendum obstrictus erit.

§. 869.

Desit) Quae etiam absolute necessaria est in cambiis et chirographis, si inde agere velimus exsecutive. Hinc non sufficit, debitorem fateri, se debere 100. sed addi debet caussa, e. g. Welche er mir in einer unzertrennten Summe baar vorgestrecket.

§. 870.

Deductae) Sed quaeritur an stipulatio etiam valeat ad summam concurrentem, e. g. si quis alteri 100. petenti 50. promittat? affirmatur, si alter consensum suum de novo declaret, quia contingere potest, ut 50. debere nolit.

§. 871.

Sollemnitatis) Quod et de testamentis aliisque instrumentis observandum est tamdiu, donec probetur contrarium. Hinc si in testamento testes dicuntur rogati, hoc creditur, donec falsum esse, demonstratur.

TIT. XXI.
DE FIDEIVSSORIBVS.

§. 872.

Fieret) Vnico excepto casu, si quis fideiussisset pro tutore; tunc enim pro fideiussore habebatur, etiamsi nulla intercessisset stipula-

tio, immo ſi uel idoneum teſtem nominaſſet, quo caſu nominator uocabatur. Vid. *L. 1. C. de potior. ad mun. nomin.*

§. 873.

Stipulatione) Quod tamen requiſitum hodie ceſſat, ſiquidem et ſine ſtipulatione per nudum promiſſum uel per chirographum alienae obligationi accedere poſſumus. Vnde et accuratiores obſeruant, moribus noſtris inter fideiuſſionem et conſtitutam pecuniam nihil eſſe differentiae.

§. 874.

Correus) Hinc fideiuſſor ſtatim primo loco poterat conueniri, ſecundum ueterem paroemiam iuris: **Den Bürgen muß man würgen.** Id quod hodie aliter ſeſe habet, modo beneficio ordinis non ſit renunciatum, uel debitor manifeſto non ſit ſoluendo, uel non facile poſſit conueniri.

§. 876.

Authent.) Quamuis enim huic renunciari non poſſit, iure tamen canonico admittitur renunciatio, modo iſta ſit iurata. Siue autem SCto Velleiano, ſiue authenticae huic renunciet, ſemper praemittenda eſt explicatio horum beneficiorum, quam uocant certiorationem. Alias inualida eſt omnis renunciatio.

§. 877.

§. 877.

Immineat) Quo pertinet etiam fideiussio praestanda, si cui saluus conductus conceditur, cui semper inest duplex clausula, 1) bis etwas peinliches erkannt werde, altera, jedoch daß er sich auch geleitlich verhalte. Si ergo uel tortura saltim decernitur, uel reus nouum delictum admittit, saluus conductus statim exspirat.

§. 878.

Sequuta) Quae sequitur, quoties uel debitor creditorem, uel creditor debitorem heredem instituit. Tunc enim idem fit debitor, qui creditor, adeoque necessario obligatio exspirat, praeterquam, si heres institutus hereditatem adiit cum beneficio inuentarii, quia tunc omnis confusio patrimoniorum cessat. Vid. supra §. 599.

§. 879.

* *Prouocet*) Haec uero prouocatio non est actio, sed tantum prouocatur quis ad replicandum. Hinc etiam non dicitur in Sachen Titii Klägers contra Meuium Beklagten, sed in Sachen Titii Prouocanten und Meuii Prouocaten, eiusque finis est, ut nobis salua sit exceptio ordinis uel excussionis.

§. 881.

Diuidatur) Enimuero hoc beneficium supponit terminos habiles, ut omnes confideiussores

res sint soluendo, alias manet unius ex confideiussoribus obligatio in solidum, et contra hunc solum decernitur exsecutio. Videatur *L. 3. C. h. t.*

§. 882.

Prodest) Addendi sunt bini casus, ubi huic beneficio itidem non est locus. Nempe 6) si quis una cum femina fideiussit, *L. 48. h. t.* et 7) si fideiussor alter est principalis, alter succedaneus. *L. 27. §. fin. D. h. t.*

§. 884.

Renunciatum) Cessat etiam 4) si fideiussor se obligauerit als Selbst-Schuldener, 5) inter mercatores, si alius pro alio fideiussit, 6) si fideiussor negauerit fideiussionem. *L. 10. §. 1. C. h. t.*

§. 885.

**Soluatur*) Inprimis obseruandum est, cautos esse debere fideiussores circa diem et consulem sub apocha et cessione. Si enim indicat *Datum*, cessionem post solutionem factam, nulla inde dabitur actio.

TIT. XXII.
DE LITTERARVM OBLIGATIONIBVS.

§. 887.

Substantiam) Hic contractus a Iustiniano demum inuentus est. Olim enim ut in §. *un.*

D.

D. h. t. ait Iustinianus, nominibus fiebat scriptura, i. e. debitor nomen suum cum summa debita inscribebat Calendario creditoris, eoque producto et agnito condemnabatur in summam soluendam, etiamsi nihil pecuniae accepisset. Vid. THEOPH. in *paraphr. h. t.*

§. 888.

Chirographo) Quemadmodum enim super litterali contractu fiunt Syngraphae, ita super contractu unilaterali chirographa conficiuntur. Si ergo hoc habet requisita omnia, nempe ut comprehendat nomen debitoris, creditoris, summam, caussam debendi, et diem solutionis, tunc a Saxonibus dicitur *instrumentum guarentigiatum,* (klare Brief und Siegel) ex eoque exsecutiue agitur, quamuis pecunia non numerata sit.

Acceperit) Origo haec est processus exsecutiui, quem in foro uocant, cuius in eo consistit natura et indoles, ut 1) in libello non urgeatur litis contestatio, sed recognitio uel iurata diffessio 2) ut non admittantur exceptiones altioris indaginis, sed tantum in continenti liquidae, reliquis ad reconuentionem remissis.

§. 889.

Mutui) Non ergo ex contractibus aliis maxime bilateralibus, quia debitor quidem cogitur blandiri creditori, eius modi autem blanditiis opus non est, si pro re, res uel pecunia datur.

§. 890.

Actorem) Notum est, hic dissentire HERM. ZOLLIVM, qui singularem *tract.* edidit *de exceptione non numeratae pecuniae*, ubi existimat *thes. V.* opposita exceptione etiam ante biennium probationem incumbere debitori, quia et elapso biennio debitorem posse eamdem exceptionem opponere, modo probationem in se suscipere uelit, quae iuri Romano plane repugnant.

* *Argentarius)* Sed an non etiam renunciatione haec exceptio tollitur? Negatur, quia aeque facile creditor a debitore induci poterit ad renunciandum, quam ad dandum chirographum, ceu docuit STRYK. in *Caut. contr. sect. II. cap. 7. §. 10. seqq.*

§. 891.

N. N. P.) Ratio in promtu est, quia partim depositum est contractus bilateralis, partim etiam cessat ratio introductae huius exceptionis. Non opus enim est depositario uel deponenti blanditiis, ut iste contractus perficiatur, nec in sanum hominem cadit tanta imprudentia, ut syngraphum (einen Depositen-Schein) dare uelit, cum res numquam fuerint depositae.

§. 892.

Repetita) Facilius enim hic praesumitur, eum, qui apocham dedit, illam sub spe solutionis dare, maxime si res agatur inter amicos,

uel

uel si pecunia exigatur a uiro, cui debetur ueneratio. Ceterum actio, qua intra XXX. dies apocha repetitur, est ipsa condictio sine caussa.

§. 893.

Non numerat) Cautio hic idem est, ac apocha, et proinde dos cauta est, super qua apocha data est a genero. Cum uero gener socero uenerationem debeat, praesumunt iura, eum, data licet apocha, numerationem tamen dotis non nimis acerbe urgere uoluisse.

§. 894.

Reo) Quae reuera nihil aliud est, quam exceptio non numeratae pecuniae, quam tamen leges non admittunt post biennium. Doctoribus itaque hoc nouum ius debemus, qui hic aequitati cerebrinae, quam iuri scripto inhaerere maluerunt.

TIT. XXIII.

DE OBLIGATIONIBVS EX CONSENSV.

§. 895.

Exigunt) Quamuis enim et contractus consensuales maxime de rebus immobilibus in instrumenta uel scripturam redigi soleant: tamen haec non pertinent ad substantiam contractus, sed tantum ad probationem eo faciliorem, adeoque obligatio non nascitur ex instrumento, sed ex consensu.

§. 897.

Tribuit) I. e. constitutione singulari sanxit, ut contractus iste emphyteuticus in posterum nec ad emtionem uenditionem, nec ad locationem conductionem referatur, sed pro singulari, eoque quinto contractu consensuali habeatur.

TIT. XXIIII.

DE EMTIONE ET VENDITIONE.

§. 898.

Tradenda) Non ergo de transferendo dominio, quia hic contractus etiam tunc perfectus est, quando dominium non transfertur, quod fit, quoties a non domino quid emo. Videatur MERILLIVS *Obseruat. III, 28.*

§. 899.

Substantiam) Vocari haec solent *essentialia* uel *substantialia* contractuum, sine quibus non potest contractus iste subsistere. Vnde ab iis differunt *naturalia*, quae quidem per leges adesse iubentur, pactis tamen possunt mutari, ac denique *accidentialia*, quae legibus plane non definiuntur.

§. 900.

Contractus) Tunc enim non consenserunt contrahentes absolute et pure, sed sub conditione, si scriptura perfecta sit: ergo nec prius perfectus erit contractus, quam exstiterit illa conditio.

§. 901.

§. 901.

Paratus sit) Hodie contrahentes in hunc casum stipulari sibi solent poenam conuentionalem, quae uocatur der Reu-Kauff, quae tunc ei ab altero est praestanda, qui a contractu uelit recedere.

§. 902.

Publica) Talia exempla quam plurima collegit CVIACIVS *Obseruat. XXVII, 9.* eoque in primis pertinet casus, si quis in maxima annonae grauitate frumentum uendere cogatur.

§. 903.

Emto) Eodem etiam pertinent duae istae actiones aedilitiae, *redhibitoria* et *quantiminoris*, quarum illa datur ad contractum rescindendum, haec ad tantum de pretio restituendum, quanti res minoris emi potuerit.

§. 904.

Materiae) Distinguitur ergo recte inter errorem in substantialibus et accidentalibus. Ad illa referuntur materia, subiectum de quo consenserunt contrahentes, et quantitates primariae; ad haec autem accessoria et qualitates secundariae.

§. 905.

Alienae) Quamuis enim saluum sit domino ius uindicandi, ipseque uenditor conueniri possit ob stellionatum admissum: eatenus tamen rata est emtio uenditio inter contra-

hentes, ut actionibus ex illo contractu natis se inuicem possent conuenire.

§. 906.

Furtiuae) Eatenus, ut si uenditae sint, emtor dominium non consequatur, ne per usucapionem quidem, quia uitium rei furtiuae ad omnem possessorem ambulat cum ipsa re, nec prius purgatur, quam res ad priorem dominum redierit.

§. 907.

Consistit) Cum ergo ueteres pecunia destituti essent, eiusque loco plerumque uterentur pecudibus, facile patet, permutationem antiquiorem esse contractum, quam emtionem venditionem. Vid. *L. 1. pr. D. h. t.* et PLINII *Hist. nat. VII, 56.*

§. 908.

Praesumtio) Huius quaestionis usus maxime elucet in iure retractus, siquidem hoc locum quidem habet in emtione uenditione, non autem in permutatione. Ergo frequenter incidet haec quaestio, uter ex his contractibus sit initus?

§. 909.

Nummo) Neque huic regulae obstat *L. 16. D. de reg. iur.* quae et de emancipatione tantum loquitur, et ita explicari potest, imaginariam uenditionem non esse, quae fiat accedente pretio iusto et uero.

Enormem) Est haec laesio ultra dimidium, quae

quae paullo difficilioris solet esse probationis, quia res non aestimanda est pro hoc tempore, sed qualis fuit tempore contractus.

§. 910.

Traditionem) Et quidem ita, ut emtori simul praestet uacuam possessionem. Quamuis enim ipse emtor conductorem expellere suo iure possit, secundum notissimum axioma; Kauff gehet vor Miethe, ad id tamen non est obstrictus, sed id iure meritoque postulat a uenditore.

§. 911.

Perierit) Quod in primis in uenditione equorum solet considerari, si nimirum ex inspectione intestinorum appareat, equum ex morbo quodam inueterato et diuturno malo periisse. Regulariter tamen tantum ad triduum quibusdam locis promittere tenetur uenditor, equum esse, bibere, ut oportet.

§. 913.

Fuit(Quae actiones et praescriptione differunt, siquidem redhibitoria, quia rescissoria est, tantum sex menses; altera quanti minoris annum durat.

§. 914.

Pertinent) Immo eiusdem conditionis sunt res etiam non fixae uinctae, modo in perpetuum fundi usum sint destinatae, e. g. lecti in diuersorio, tormenta in munimentis, cet.

§. 915.

§. 915.

Vsuris) Si uero ipse uenditor in mora accipiendi fuit, consultissimum fuerit, pretium afferre iudicialiter et deponere. Nisi enim id fiat, emtor nihilominus ad usuras tenebitur, quia nemo potest simul rem, simul pretium habere.

TIT. XXV.

DE LOCATIONE ET CONDVCTIONE.

§. 916.

**Dicitur)* Eodem referas admodiationem, quando qu.. totam prouinciam, e. g. ducatum uel principatum, per auersionem conducit. De cuius contractus natura conferendus BESOLDVS in *Thes. pract. sub uoce: admodiatio.*

§. 917.

Mercede) In quo genere locationis conductionis istud maxime est singulare, quod locator non accipit mercedem, sed dat, cum alioquin conductor dare mercedem soleat, locator accipere.

§. 918.

Rei usus) Praecipua ergo haec est ab emtione differentia. Haec enim est titulus ad transferendum dominium habilis, illa non est; deinde per emtionem uenditionem transfertur possess-

possessio ciuilis, per locationem tantum naturalis. Hic emtor per interdictum potest defendi in possessione, conductor non potest.

§. 919.

Conuenerit) Non ergo hic contractus ideo fit litteralis, quia syngrapha accedit, sed manet consensualis, quia non obligatio nascitur ex litteris, sed ex consensu, qui ex litteris probatur.

§. 920.

Decuriones) Quia hi curiae tamquam glebae adscripti erant, de qua curialium conditione diximus supra *tit. de nupt.* §. *170. in schol.*

L. un. C.) Sed hoc priuilegium in hac lege omnibus etiam adhibitis perspicillis uix quisquam uidebit, et tamen istud in praxi hodienum admittitur, modo opifex cum strepitu faciens opificium non prior in possessione fuerit. Similia priuilegia permulta collegit REBVFFIVS in libello *de priuilegiis studiosorum*, quem scholiis illustrauit LVDOVICI.

§. 921.

Solitae) I. e. illiberales, quae manu tantum praestantur, non ingenio. Quod adeo uerum est, ut ne mensor quidem actione locati conueniri possit, si falsum modum renunciauerit, sed utendum sit actione in factum aduersus mensorem, quia mensor ingenio operas praestat.

§. 922.

§. 922.

Locantur) Et quidem pro parte quanta, quae consistit in certa mensura fructuum, e. g. pro tot medimnis. Si enim pro parte quota locatur praedium, e. g. ut colonus dimidiam partem fructuum quotannis praestet: tunc uere est societas, quia alter rem, alter operam confert, lucri in commune faciendi caussa.

§. 923.

Est) Vnde hoc casu nec actioni locati locus est, sed potius institui debet actio praescriptis uerbis. §. *1. Inst. h. t.*

§. 924.

Leuem) Cui non opponenda est §. *5. Inst. h. t.* cum ibi quaestio sit de operis ab opifice aut artifice praestandis. Horum autem imperitiam quoque culpa leui esse adnumerandam, patet ex *L. 9. §. penult. D. h. t.*

Fatalem) Et quamuis quis in se receperit casus fortuitos, merito tamen excepti censentur insolentissimi, de quibus singularis, eaque pereruditа *dissertatio* EV. OTTONIS exstat.

§. 925.

Miethe) Quam singulari dissertatione defendit ZAVNSCHLIFERVS, cum contrarium tueri conaretur HERM. ZOLLIVS. Quod ad rem ipsam attinet, analogiae iuris quam maxime consentanea est prior sententia,

tia, quia successor singularis numquam tenetur praestare facta antecessoris sui, et conductor nouum emtorem neque ex contractu, neque ex iure in re sibi obstrictum habet.

§. 927.

Directae) Neque enim alteruter contrahentium demum ex postfacto obligatur: sed uterque alteri ex ipsa natura contractus est obligatus. Eo autem casu ex bilaterali contractu duas actiones directas nasci, ostendimus supra §. 782.

§. 928.

Vsuris) Eo casu etiam realis actio locum habet, si pro hac mercede aliquid sit oppignoratum, siue expresse, siue tacite. Vnde saepissime animaduertimus loco huius actionis personalis institui hypothecariam.

DE CONTRACTV EMPHYTEVSEOS.

§. 931.

Perpetuum) Canon iste uocabatur uectigal, idque distinguebatur in *decimas*, quae de agris; *scripturam*, quae de pratis et pascuis; ac denique *portoria*, quae de fluminibus similibusque bonis soluebantur. Vnde facile patet, cur in Digestis una rubrica contineantur *bona uectigalia et emphyteuticaria.*

§. 932.

§. 932.

Proximum) Et tale quidem, quod emphyteutae dat ius omnem utilitatem ex agro percipiendi, domino emphyteufeos uero ius percipiendi canonem, protimifeos, et exigendi apochas ab emphyteuta ob foluta onera publica.

§. 933.

Praeſtito) Caue ergo exiſtimes, canonem hunc eſſe penſionem annuam uel locariam, quod pro fructibus detur. Sane enim nec fructibus proportionatus eſſe ſolet, et debetur etiam eo caſu, ſi nihil fructuum perceptum fuerit.

§. 934.

Eccleſiaſticis) In his adeo neceſſaria eſt ſcriptura, ut contractus hic irritus habeatur, ſi non acceſſerit, ceu praeiudiciis demonſtrauit CHRISTINAEVS *Vol. III. Deciſ. 119. num. 5.*

§. 935.

Percipiat) Vbi fruſtra diſſentit HARPPRECHT. *ad §. 5. Inſt. de locat.* Ab uſufructu enim, quem quis in re aliena habet, non procedit conſequentia ad dominium, quod in re propria conſtituitur, adeoque et emphyteuta, et uaſallus, et ſuperficiarius, theſaurum merito ſuum faciunt, modo ultimo caſu non in fundo repertus ſit.

§. 936.

§. 936.

Pretii) Aliquando tamen paullo magis requiritur laudemium, prout id uel contractu ad liquidum productum est, uel consuetudine prouinciae alicuius inoleuit. Varia exempla collegit FRANZKIVS in tr. *de laudemiis*.

§. 937.

Exspiret) Si nempe perpetuus sit iste interitus. Si enim res ad priorem statum redit, e. g. cessante inundatione: dominium etiam reuiuiscere, nullum est dubium.

§. 938.

Canonico) Quamuis uero praxis diuersa sit: pleraque tamen fora sequuntur regulam iuris canonici, quippe et aequiorem et benigniorem. Vid. CHRISTINAEVS *Vol. I. decis. 157*.

§. 940.

Debita) Adhuc notandum discrimen inter bona censitica emphyteutica. In illis enim dominium non est diuisum, sed censitus pleno dominio gaudet, quamuis ille, qui censum potest exigere, hypothecam habeat in isto fundo, ex quo census soluendus est. Ceterum cum contractus censiticus sit iuris Germanici, emphyteuticus uero peregrini: nullum est dubium, quin in dubio praesumtio sit pro contractu censitico.

TIT. XXVI.
DE SOCIETATE.

§. 941.

Quasi contractus) Immo ius quoddam ex quasi contractu et dominio mixtum. Vnde et actio communi diuidundo non modo personalis, sed et simul realis, adeoque mixta est, de ea dicemus infra §. 980. seqq.

§. 942.

Sint) Quam fraternitatem sociorum etiam agnouerunt maiores nostri, qui proinde hunc contractum dixere eine Mascopey, quasi Magschaftey, i. e. cognationem, quod uocabulum etiamnum usu receptum est.

§. 943.

Nominibus) De his etiam nota est regula iuris: *nomina ipsis ossibus inhaerent.* Itaque ea nemo potest exigere, nisi qui contraxit, uel eius heres, etiamsi sit bonae fidei possessor instrumenti, (ein getreuer Briefs-Innhaber.) Itaque semper opus est cessione, uel in cambiis in dossamento, alias actor ad caussam se legitimare nequit.

§. 945.

Conferat) Modo illas conferat tamquam socius: si enim illas locet tantum ueluti institor, nec lucri, nec damni particeps est, sed tantum salario suo contentus esse debet.

§. 946.

§. 946.

Sit) Eatenus nempe, ut si socius talem societatem ualere nolit, ad eam rescindendam recte agat. Si uero socius nolit istum contractum rescindi, ualebit procul dubio, non tamquam societas, sed tamquam donatio.

§. 947.

Competentiae) De quo diximus infra §. *1199. seqq.* ubi docuimus, in hoc consistere hoc priuilegium, ut aliquis non queat in plus conueniri, quam quantum facere potest.

§. 948.

Contulit) Quamuis enim hic dissentiant CONNANVS in *Comment. iur. ciu. II, 13.* nec non THVLDENVS in *Comment. ad tit. C. pro soc. cap. 5.* ab hisque non multum dissentiat HVBERVS: praxis tamen, ipsaque naturalis aequitas magis probat aequitatem geometricam, quam arithmeticam.

§. 949.

Societatem) Si tamen ad certum tempus inita fuerit societas, et alter ante tempus discedat, non dubium est, quin aduersus eum actio competat ad id, quod interest, si nempe damnum aliquod doceri possit.

§. 951.

Heredes) Quamuis enim ipsa societas ad heredes non transeat, §. 949. obligatio tamen, quae ex hoc contractu nascitur, omnino

transit ad heredes, adeoque hi ex facto defunctorum agere et conueniri recte possunt.

TIT. XXVII.
DE MANDATO.

§. 953.

* *Mandabant*) Praeter locum PLAVTI hic laudatum eo pertinet alter TERENTII in *Heautont. act. 3. sc. 1. u. 84.* ubi Menedemus; *Cedo*, inquit *dextram, porro te idem oro, ut facias Chreme.*

§. 954.

Gestione) Attamen hic quasi contractus degenerare potest in mandatum, si re adhuc integra accedit ratihabitio. *L. 50. D. h. t.* haec enim retrotrahitur ad initium negotii.

Fraudulentum) Quo etiam casus pertinet, si quis in crimine speciale subministret consilium. Hinc enim actio prodita est etiam aduersus eum, cuius ope et consilio furtum factum esse dicitur, de qua *libr. IIII. tit. 1.*

Commendatur) Quod tamen fallit inter mercatores, inter quos litterae commendatoriae uel credentiae, quas uocant, commendantem obligant tamquam fideiussorem. Vid. GOMETZ *Part. II. resol. 13. num. 5.*

Obligamus) Neque id sine ratione ICtis placuit; quia enim mandatum est contractus, et is duorum saltim consensum in idem pla-

placitum requirit: consequens est, ut pater filio, dominus seruo, nihil mandare possit propter unitatem personae.

§. 955.

Patitur) Adde etiam mandatum praesumtum, quod adesse censetur, si uel cognatus pro cognato agat, uel ex aliis indiciis constet, hunc rogatu alterius comparere. Nihilominus tamen tunc opus est cautione de rato, de qua diximus infra §. 1260.

§. 956.

Speciale) Quo opus est, quotiescumque in foro res explicanda, quae summo cum principalis praeiudicio coniuncta sit, e. g. si transigendum, iusiurandum deferendum uel referendum, uel in eius animam praestandum.

§. 958.

Agit) Differunt hi mandatarii ratione legitimationis; ille enim tenetur legitimare personam producto mandato; hic autem sese legitimare debet ad caussam producta cessione, alias enim plane non admittitur si uel maxime sit b. f. possessor instrumenti.

§. 959.

Agere) In delictis tamen res aliter sese habet, quia mandans in re illicita uersatur, et excessui caussam et occasionem dedit. Eleganter hoc illustrauit HERTIVS in *dissert. de obligatione mandantis et mandatarii, contemplatione III. §. 18.*

§. 960.

Notetur) Est ergo et hic contractus inter famosos, quia nemini mandamus, nisi in quo maximam spem collocamus ob uirtutem et amicitiam, turpe autem est amicum ab amico sub specie amicitiae circumueniri.

§. 961.

Integra) Tunc enim non interest mandatarii, adeoque nec locus est actioni mandati contrariae; potest ergo quidem et re non amplius integra mandatum reuocari, sed tunc mandans mandatario tenetur ad indemnitatem.

§. 963.

Interest) Huic petito locus est, quoties alter negotium sibi commissum non expediuit, et mandato tamen tempestiue non renunciauit; tunc enim tenetur mandatarius ad omne, quod interest, adeo ut ne restitutio in integrum peti possit a mandante, nisi excusso prius mandatario.

TIT. XXVIII.

DE OBLIGATIONIBVS QVAE QVASI EX CONTRACTV FLVVNT.

§. 966.

Honesta) Caue ergo definitionem quasi contractuum desumas ex *pr. Inst. h. t.* (ibi enim

enim non est definitio, sed connexionis tantum ratio) multo minus tibi suaserim, ut quasi contractus derives ex consensu tacito, quia et infantes quasi contrahunt, cum nec expresse, nec tacite consentire possint; sed fundamentum quasi contractuum est consensus praesumtus uel fictus.

§. 968.

Alii) Id quod obseruandum contra WESTENBERGIVM, qui non alios statuit quasi contractus, quam hos *tit. in Instit.* recensitos. Sed illam sententiam uel sola obligatione nautarum, cauponum, et stabulariorum conuelli posse, patet, hos enim ex quasi contractu obligari, diserte dicitur in *L. 7. D. naut. caup. stabular.*

§. 969.

Negotia) Ex quo patet, negotiorum gestionem tantum uersari circa negotia extraiudicialia, feminam enim pro alio postulare non posse in foro, satis notum est ex *L. 1. D. de postul.*

§. 970.

Teneatur) Si tamen rem paulo attentius consideres, negotiorum gestor tunc reuera non praestat casum, sed culpam. Culpa enim et imprudentia est, omnes alterius facultates aleae exponere, cum prudens pater familias id facere non soleat, nisi tantae sint opes, ut iactura facile resarciri possit.

§. 971.

Intercepta) Fundamentum huius decisionis est in axiomate supra tradito §. 785. ex quo patet, casum a contrahente numquam praestari, nisi uel quis in mora sit, uel casum ultro in se receperit.

§. 974.

Gestum) Quo casu consultissimum est, ut qui negotia gerit inuiti, si e. g. pro illis prohibentibus soluat, iura sibi cedi iubeat: tunc enim quamuis agere non possit tamquam negotiorum gestor, recte tamen agit ex iure cesso.

§. 975.

Diligentiam) Hinc omnino distinguendi sunt casus, an tutor conueniatur ex hoc quasi contractu, an ex delicto: prius fit, si istum compellere uelimus ad officium praestandum; posterius si agimus ad poenam ob officium non praestitum, quo pertinent actiones de suspectis tutoribus, et distrahendarum rationum.

§. 978.

Sit) Sed quaeritur, an hac actione et salarium quoddam petere possit? Id negatur iure Romano, quia tutela est munus publicum. Moribus tamen Germaniae multis locis obtinet, ut finita tutela tutori decernatur honorarium pro uiribus patrimonii et nauata opera, quod eo minus mirandum, quo magis con-

constat, apud Germanos olim fuisse tutelam fructuariam. Vid. IO. PET. *de* LVDEWIG *Dissert. de tutela fructuaria*, quae habetur in eius *Opusculis miscellis*.

§. 980.

Communio) Differunt hae communiones ratione obiecti; in priore enim ius uniuersale, nempe hereditas, communis est; in posteriore res tantum singularis, e. g. praedium, ager, domus.

§. 981.

Duplex) Sunt uero actiones duplices, ubi uterque et actoris et rei partes sustinere potest, quo casu tamen pro actore habetur, qui prior in iudicio comparuit; si uterque simul ad iudicium prouocauit, qui prior rem proposuit; si uterque per conuicium actionem proposuit, quem sors actorem esse iubet.

§. 982.

Coheredem) Ex quo patet discrimen huius actionis ab hereditatis petitione; hic enim agimus non aduersus eum, quem pro herede agnoscimus, sed aduersus illum, qui pro herede uel possessore possidet, illa uero semper contra coheredem, quem talem agnoscimus, *L. 1. §. 1. D. h. t.*

Diuidendam) *Ius Saxon. libr. III. art. 29.* recepit paroemiam; *maior diuidit, minor eligit.* Si frater et soror coheredes sint: haec diuidit, ille eligit; quod ius etiam illis locis obtinere

animaduerti, ubi iam pridem repudium datum eſt iuri Saxonico.

§. 983.

Conſequendas) Cum enim haec actio mixta ſit, aeque ac antecedens, cum partim ex iure in re, nempe ex condominio, partim ex iure ad rem, i. e. ex quaſi contractu naſcatur, conſequens eſt, ut et petitum libelli ex utroque iure proficiſci debeat.

§. 985.

Cenſetur) Alias enim defunctus haec legata et fideicommiſſa non debuit, adeoque ſingulare adeſſe debet fundamentum, cur heres obſtrictus ſit ad ea ſoluenda; hoc uero non aliud eſt, quam aditio hereditatis, et coniunctus cum ea quaſi contractus.

§. 986.

Morae) An uero aliquis in mora ſit, diiudicandum eſt ex *Pand. quando dies legat. uel fideicommiſſ. ced.* modo ulla heredis culpa acceſſerit.

§. 987.

**Accepit*) Si enim ſciens et uolens indebitum accepit, non utendum eſt condictione indebiti, ſed condictione furtiua quia rem alienam inuito domino lucri faciendi cauſſa contrectauit.

§. 988.

Mulier) Immo et miles nec non ruſticus, quibus omnibus ignorantia iuris fraudi non eſt, quoties

quoties de damno uitando certant: quamuis, quod ad rusticos attinet, ne illi quidem sint excusandi, si iurisperitorum copia fuerit. Vid. *L. 19. de iur. et fact. ignor.*

§. 989.

Ciuili) Hinc semper distinguendum, an ius ciuile tantum exceptionem det, quemadmodum in SCto Macedoniano, an actionem et exceptionem simul, ueluti in SCto Velleiano. Priore enim casu indebiti repetitio cessat, posteriore omnino licita est.

§. 990.

Accepit) Nec obstat, quod VINNIVS ad §. 6. *h. t. num. 1.* obiicit, accipientem hic non contrectare rem alienam inuito domino. Resp. enim in *L. 43. pr. D. de furt.* eum, qui se simul et creditorem, si quid acceperit, furtum omnino facere, si nempe debitorem antea urserit.

§. 991.

Vsuris) Id quod tamen hodie aliter sese habere, si accipiens in mora sit, ostendimus supra §. *796.* ex *R. I. de anno 1600.* §. so viel nun.

§. 992.

Caussa) Vbi caussa reuera idem est, ac titulus, adeoque huic actioni locus est, quotiescumque alter rem nostram sine titulo possidet, ueluti si chirographum dederim creditori, et is pecuniam non numerauerit.

TIT.

TIT. XXVIIII.

PER QVAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQVIRITVR.

§. 993.

Retrotrahatur) Hinc adimpleta conditione non quaeritur, quis sit status filii familias uel serui eo tempore, quo conditio exsistit, sed qualis fuerit tunc, cum obligatio contraheretur. Cum ergo illo tempore adquisiuerit patri uel domino suo, huic iam etiam cedit hoc lucrum, quamuis ille non amplius sit filius familias aut seruus.

TIT. XXX.

QVIBVS MODIS TOLLITVR OBLIGATIO.

§. 994.

Iure) Ad intelligendam hanc distinctionem in iure nostro utilissimam permultum faciet HENR. *de* COCCEII *Differt. de eo, quod fit ipso iure.*

§. 997.

Est) Quae regula in uniuerso iure tantae est utilitatis, ut ea non animaduersa, plerorumque iurium rationes ostendi nequeat. Sic e. g. si quis quaerat, cur confarreatae uxores dimittendae essent per diffarreationem, coëmtae per emancipationem, usucaptae denique

nique per interruptionem uſucapionis, rationem ſane non aliam reddideris, quam ex hac ipſa regula.

§. 998.

Eſt) Hinc aliud pro alio, inuito obtrudi nequit. Si quis tamen ſponte aliud quid accipiat, quam debetur, id non uocatur ſolutio, ſed in ſolutum datio.

§. 1000.

Decreto) Quod expetere tutiſſimum eſt, quoties ſumma maioris momenti ſoluenda, ne, ſi pecunia in pupilli rem non uerſa fuerit, ille denuo iſtam exigere queat, quod fieri non poteſt, ſi iudex apocham dederit.

§. 1001.

Illiquidum) Liquidum enim ſtatim ſoluendum, illiquidum ad iudicialem diſquiſitionem remittitur. Vnde elegans paroemia iuris ab HERTIO explicata: Geld vor, Recht nach: *liquidum ſoluendum, de illiquido agendum.*

Loco) Hinc ſi iuſto loco non ſolutum, datur condictio de eo, quod certo loco; ſin res extra pecuniam non iuſto tempore praeſtita, competit condictio triticiaria, quae utraque datur ad id, quod intereſt.

§. 1003.

Contributio) Hinc etiamſi debitum et creditum mutuum non ſint eiusdem quantitatis, compenſatio tamen fieri poteſt ad ſummam concurrentem, et tunc perinde eſt, ac ſi tantum

tum solutum sit, secundum ueterem iuris paroemiam: Abrechnen ist gut zahlen.

§. 1004.

Delicto) Scilicet quod ad poenam attinet; nam ratione satisfactionis priuatae locum omnino habet compensatio, quod vel inde patet, quodsi Titio adiudicati sint C. et aduersario eius L. hic tantum L. soluit.

§. 1005.

Minuatur) Hinc et ab illo ipso momento, quo mutuum debitum et creditum esse coepit, merito cessant usurae, quia soluta obligatione principali, etiam accessoria cessat.

§. 1006.

Coalescunt) Coalescunt autem in eadem persona, quoties uel creditor debitoris vel debitor creditoris heres fit: utroque enim casu heres succedit in iura defuncti, et sic cum debitor antea tantum esset, simul fit creditor, et uice uersa.

§. 1007.

Deponit) Cuius obsignationis et depositionis duplex effectus est; alter, quod statim sistitur cursus usurarum, alter quod periculum transit in creditorem. Iam id modo addimus, non admittendam esse hanc obsignationem, nisi caussa cognita, quia saepe uexandi creditoris caussa a debitoribus tentatur.

§. 1010.

Est) Posset res ad duos tantum casus reduci. Qui enim in mora est, itidem in culpa uersatur,

ſatur, adeoque non minus ille, quam hic, omne damnum ſuſtinet. Aliud, ſi iuſta morae cauſſa ſit, e. g. ſi legatarius debuerit ſpeciem, eaque pereat, priusquam de Falcidia certi quidquam ſtatuere potuerit.

§. 1011.

Translatio) Vbi in primis notandum, cum detrimento coniunctam eſſe nouationem debiti priuilegiati, quia amiſſo priuilegio tunc reliquis creditoribus poſtponitur, e. g. ſi quis pecunias hereditarias conuertat in mutuum, uel ſi ancilla domino credat mercedem reſiduam. Vtroque enim caſu exſpirat priuilegium.

§. 1012.

Naturales.) Quo caſu contingere poteſt et ſolet, ut creditor facta nouatione plane nihil accipiat, neque a priore debitore, cuius obligatio ſoluta eſt, neque a poſteriore, qui tantum naturaliter debet, adeoque a iure ciuili ad ſoluendum non compellitur.

§. 1013.

Accepto) Litis enim conteſtatio eſt quaſi contractus, ergo quae antea ex alio capite debebantur, e. g. ex delicto, illa facta litis conteſtatione debentur ex quaſi contractu. Et hinc ex annuis actionibus fiunt perpetuae, et poſt litis conteſtationem heredes quoque tenentur, cum antea non tenerentur.

§. 1014.

§. 1014.

Rata est) Ergo probe obseruandum, aut priores obligationes pro noua recipiendas esse, aut illas plane abolendas, aut denique in ultima obligatione diserte declarandum, hac priores omnes esse sublatas. Nisi enim id fiat, ex omnibus simul agi potest.

§. 1016.

Soluendo) Quod secus se habet, si adsignatis tantum facta sit. Haec autem censetur facta, quoties tertius non obligationem meam in se suscipit, sed tantum meo rogatu se pro me soluturum promisit. Tunc enim adsignato non soluente ad adsignantem regressus datur.

§. 1017.

Mutatur) Ex quo uel maxime discrimen inter delegationem et cessionem patet. Quemadmodum enim illa sine omnium consensu fieri non potest, ita in cessione debitori perinde esse debet, cuinam soluat. Vnde et eius consensus plane non requiritur.

§. 1019.

Detur) Hinc semper commodum est ratione actoris, si lis contestata sit, quia tunc et perpetua est actio, et contra heredes datur. Videatur GVNDLINGII *Diss. de litis contestatione commoda semper, numquam incommoda.*

§. 1022.

Acceptum) Itaque in meras tricas abit haec acceptilatio. Cum enim ad condonationem debiti

debiti sufficiat sola uoluntas creditoris quocumque modo declarata, cum cuique liceat iuri in fauorem sui introducto renunciare: ad quid quaeso opus fuit uerborum sollemnitate? Sed ita exigebat Romanum principium, ea, quae sollemniter sint peracta, non posse sine sollemnitate tolli. Vid. CVIAC. *Obseru. V, 36.*

§. 1024.

Eiusdem) Id et hodienum fieri potest per apocham, si contractui subscribatur, obligationem pro parte uel exstinctam, uel solutam esse. E. g. von vorgemeldten Kaufgeldern sind mir Endes benannten 1000. Rthlr. wohlvergnügt, welches hiermit gebührend bescheiniget wird. Vid. *L. 19. §. 1. D. de acceptilat.*

§. 1027.

Deducitur) Ergo tota stipulatio Aquilliana consistit in duobus actibus. Primo enim debitum nouatur per stipulationem, deinde nouata ista obligatio tollitur per acceptilationem. Quibus obseruatis etiam intelliges formulam istam numeris Platonicis obscuriorem, quae habetur §. *2. Inst. h. t.*

§. 1031.

Ineatur) Ex quo sequitur, ut si contractus re adhuc integra mutuo dissensu solutus sit, nullae debeantur gabellae, cum contra impleto contractu dissentientibus contrahentibus duplex gabella soluenda sit, quia duplex est initus contractus.

LIBER IIII.

TIT. I.

DE OBLIGATIONIBVS, QVAE EX DELICTO NASCVNTVR.

§. 1033.

Reparatio) Saepe tamen contingit, ut una eademque actio ad utrumque comparata sit, quae tunc uocatur mixta, i. e. simul rei persecutoria, simul poenalis; talis e. g. est actio ui bonorum raptorum.

§. 1034.

Admittitur) Et quidem ex culpa propria, non aliena; quamuis enim STRVVIVS hanc in rem allegat exempla actionum de effusis et deiectis, nec non aduersus nautas, caupones, et stabularios; hi omnes tamen non conueniuntur ex culpa imputata, sed ideo, quia homines socordes et proteruos in familiam receperunt. *L. penult.* §. 2. *D. de his, qui effud. uel deiec.*

§. 1035.

* *Germanicae*) Id quod ex effectu patet; nos enim ex furtis et rapinis non agimus in quadruplum et duplum, sed ipse magistratus ex officio haec delicta uindicat, et pro re nata decernit supplicia capitalia, quod Romae aliter sese habebat.

§. 1036.

§. 1036.

Sit) Debemus hanc obſeruationem uiro incomparabili IO. GE. GRAEVIO, cuius integrum locum exſcripſimus in *Pand. ad tit. de crimin. extraord.* Antea enim plerique ICti maxime fluctuarunt, quodnam diſcrimen horum criminum ſtatuendum ſit.

§. 1037.

Perſequutoriae) Quo etiam referunt actiones iuris Germanici ad deprecationem Chriſtianam, declarationem honoris, uel palinodiam, quippe quas famae perſequutorias uocant, quamuis minus adcurate, cum, quod amiſſum non eſt, perſequi nequeamus.

§. 1038.

Tendunt) Tales dicuntur actiones, quibus perſequimur pecuniariam poenam, cum tamen nobis nihil abſit ex patrimonio noſtro; hinc e. g. actio iniuriarum aeſtimatoria procul dubio ad uindictam comparata eſt.

Liberentur) Sed id tantum locum habet in rei perſequutione uel reſtitutione; quod enim ad poenam attinet, ad eam ſinguli ita tenentur in ſolidum, ut uno ſoluente liberatio reliquis numquam obtingat.

§. 1040.

Admittere) Scilicet iure naturae non abſoluto, ſed hypothetico, quod certa inſtituta humana

pro fundamento habet, qualia sunt sermo, dominium, rerum pretium, et res publica, id quod obseruandum est contra crisin SALMASII *de usuris cap. 9.*

§. 1041.

Contrectatio) Quae conclusio opposita est Stoicis, qui omnia delicta paria putarant, et hinc eum, qui uel aliquot grana ex aceruo sustulisset, furem totius acerui existimabant. Ridet hanc sententiam HORATIVS *Sat. I, 3. 115. seqq.*

Nec uincet ratio hoc tantumdem ut peccet idemque
Qui teneros caules alieni infregerit horti,
Et qui nocturnus Diuum sacra legerit.

§. 1042.

Proximi) Hinc numquam ad poenam corporis adflictiuam publicam procedi potest, quamuis omnino locus sit castigationi seueriori, et hinc pronunciari soleat: Daß er in dem Gefängnis tapfer mit Ruthen zu züchtigen. Memini etiam ob atrocius furtum locum fuisse ergastulo.

§. 1043.

Possessae) Hoc ita intelligendum, si possessio rei nondum apprehensa, alias enim semel adprehensa durat, etiam si res amissa sit: et hinc fur est, qui rem in uia amissam contrectat animo lucrifaciendi. *L. 43. §. 4. D. h. t.*

§. 1044.

§. 1044.

Amotas) Hodie quamuis non diuortii caussa coniux coniugi aliquid amoueat, locus tamen non est persequutioni criminali, sed tantum ad restitutionem rei breui manu coniux condemnatur. Vid. *Const. crim. Carolin. art.* 165.

§. 1045.

Actio) Nascebatur tamen seuera castigatio; pater enim ui iuris uitae et necis ipse animaduertere poterat in filium pro arbitrio.

§. 1048.

Committitur) Id etiam committi potest in filiis familias, si non lucrifaciendi caussa, sed alio consilio surripiantur, cuius rei sollemne exemplum suppeditant annales Saxonici, plagium nempe Principum Saxoniae, Ernesti et Alberti, a Conrado de Kauffungen admissum.

§. 1050.

Aufert) Sed hae duae species postremae hodie ad furtum uix referuntur, quia atrocior est apud nos furti poena, quam ut ea statui possit in delictum tam leue: hinc potius extra ordinem hoc casu agendum est ad id, quod interest.

§. 1053

Deprehenditur) Quaeri solet, cur furem manifestum grauiore poena dignum putauerint Romani, quam nec manifestum? Sed ratio est, quia plus periculi imminet a fure

 mani-

manifeſto, qui plerumque ad deſperationem actus, nec uitae, nec ſanitati aliorum parcit, modo ſeſe contumeliae poſſit ſubducere.

§. 1057.

Exhibuit) Hodie inquiſitio domeſtica non amplius fit auctoritate priuata, ſed iuſſu et auſpiciis iudicis per apparitores iudicii ; ubi tamen cauendum eſt iudici prudenti, ne eiuſmodi actum decernat, ſi non adſint urgentiſſima indicia, ſiquidem alias iniuriarum conueniri poterit; in pagis tamen ceſſat plerumque actio iniuriarum, ſi oſtiatim fiat inquiſitio.

§. 1059.

Aebutiam) Hac lege cuius praeter GELLIVM uix quiſquam meminit, omnia iſta legum XII. tabb. capita abrogata ſunt, quae uel bonis moribus uel decoro uidebantur repugnare. De ea adcurate egit ABR. WIELINGIVS in *Diſſ. de furto per lancem et licium concepto*, ſub finem.

§. 1060.

Defendit) Quamuis et eo caſu paullo mitius procedendum ſit, ſi fur quidem interdiu, ſed loco admodum ſolitario, et ubi aliorum auxilium ſperari nequit, deprehendatur : tunc enim quia eadem ratio eſt, eamdem quoque eſſe oportere iuris diſpoſitionem nullum eſt dubium.

§. 1061.

Criminaliter) Quo in primis pertinet coërcitio furum nocturnorum, quippe quos deprehen-

hensos praefectus uigilum pro modo delicti poterat coërcere et castigare. Vid. *L. 4. D. de offic. praef. uigil.*

§. 1062.

Heredes) Contra hos tamen haec actio dari non potest nisi in quantum ad heredes peruenit, ob *L. generalem unic. C. ex delict. def. in quantum hered. conuen.*

§. 1063.

Furem) Non uero aduersus eius heredes, nisi iam lis cum defuncto fuerit contestata: hoc enim facto ob nouationem, quae per litis contestationem intercessit, etiam heredes non ex delicto, sed ex quasi contractu tenentur.

§. 1064.

Locum) Generale enim obseruandum est istud principium, plures actiones ad idem tendentes concurrere tantum electiue; si uero ad diuersa tendunt, tunc concurrere dicuntur cumulatiue, i. e. ita, ut una alteram non absorbeat.

§. 1065.

Eiiciantur) Quae lex tamen prudentiae legislatoriae parum consentanea est, et hinc plerisque hodie locis fures condemnantur uel in ergastula, uel ad operas publicas, uel ad triremes, quia tunc in futurum rei publicae prospicitur.

§. 1067.

Supersunt) Immo iam ante Friderici II. tempora huius ordinariae furum pœnæ mentionem

faciunt leges ueteres Germanorum, quas iam hanc in rem collegit KRESSIVS in *Comment. ad art. 157. C. C. §. 1. pag. 478.*

§. 1068.

Scalas) Quamuis uero hic alternatiue loquatur Nemeseos Carolinae auctor, darzu gestiegen oder gebrochen: ad mitigandum tamen huius legis rigorem plerumque ICti haec requisita exigunt coniunctim, ceu ostendit KRESSIVS in *Comment. ad art. 159.*

Surripuerit) Et ista quantitas iure iurando sit confirmata, nec facta restitutio: tunc enim si prauitas uitae et fama sinistrior accedat, supplicio capitali locus est.

§. 1069.

Riuis) Quo etiam pertinent feripetae, die Wilddiebe, quippe qui etiam alienam custodiam non inuadunt, nec non fures equorum ex pascuis publicis, quamuis multorum principum edictis et fures ferarum et equorum ex pascuis supplicio capitali afficiantur, si circumstantiae certae et edictis expressae adsint.

TIT. II.

DE VI BONORVM RAPTORVM.

§. 1071.

Ablatio) Quaeritur uero, si quis rem non uiolenter abstulerit, sed ui adhibita coëgerit ut

ut sponte daret, annon et haec rapina sit? idque negant ICti, sed id factum incidere aiunt in speciale aliquod delictum, quod uocatur *concussio*.

§. 1072.

Violenta) Quae si in uia publica facta est, (qui homines tunc grassatores uocantur) tunc paullo durior poena est, durissima autem, si quis latrocinium egerit, e. g. si cruenta spolia detraxerit; tunc enim contusione membrorum puniri solet.

§. 1074.

Laeso) Cessat tamen usus legum in Saxonia, ubi istae specialibus legibus sunt abrogatae; sicubi uero sanctior est iuris Romani custodia, secundum hanc legem iure erit pronunciandum.

§. 1075.

Pretium) Obseruant tamen rerum criminalium scriptores, aliud hic obtinere in Austria, et quibusdam Franconiae proninciis, ubi omnino respicitur ad rei raptae pretium.

§. 1076.

Simplum) Vere ergo rapina paullo minus atrox uidebatur delictum, quam furtum, quia non esset tanto cum periculo uitae coniuncta: sed cum haec philosophia non esset publici saporis, non sane mirandum est, ICtos arbitrium dedisse actori, hac actione experiri uellet, an actione furti manifesti.

§. 1078.

Spoliant) Qui, ut et piratae ſeu praedones maritimi in crucem tolli ſolebant, adeoque hoc caſu ceſſabat actio ui bonorum raptorum: plura eam in rem dixit WISSENB. in *Notis nomico-philologicis ad paſſionem Ieſu Chriſt.*

§. 1079.

Publicum) Niſi quod poſt interregnum iſtud ferale diffidationes uel bella priuata inoleuiſſent. Si quis enim tunc alteri rapuiſſet res pretioſiſſimas, rapinam commiſiſſe non uidebatur, modo id non feciſſet contra foedus, contra freugam, contra pacem Dei et denique ſine diffidatione. Videatur *pax publica Alberti II.* Imperat. *de a. 1478.* (apud LVNIGIVM im Reichsarchiv,) *Tom. II. p. 53.*

TIT. III.

DE LEGE AQVILLIA.

§. 1080.

Iniuria datum) Per quam hic caue intelligas contumeliam, (de ea enim ſequente titulo demum agitur,) ſed iniuria hic eſt, quidquid non iure fit, (wozu man nicht befugt iſt,) alias qui iure ſuo utitur, nemini facere iniuriam cenſetur.

§. 1081.

Leuiſſima) Quo in primis pertinet caſus lepidiſſimus in *L. II. D. de Leg. Aquill.* ex qua patet,

tet, etiam tonsorem teneri hac lege, qui seruum sub dio totonderat, eique absciderat iugulum, pila in cultrum temere proiecta.

§. 1082.

Occidit) Quae requisita si non exacte obseruata sint, non quidem ista caedes pro moderamine inculpatae tutelae haberi potest, sed tamen etiam non statim meretur poenam homicidii: sed qualiscumque excessus extra ordinem puniri solet.

§. 1083.

Praestat) Id quod tamen aliter se habet, si quis eo tempore, quo casu damnum datum, nec in re licita nec loco licito uersatus sit: quo pertinet elegans exemplum §. *4. Instit. h. t.* de milite iaculis sese exercitante.

§. 1084.

Vulneratus) Datur tamen haec actio utilis ad restituendum Sostrum, operas cessantes resarciendas, omniaque damna restituenda, immo in Saxonia etiam aliquantulum solet adiudicari pro dolore, id quod uocant das Schmertzgeld.

§. 1086.

Sunt) De iis dubitatum esse, patet ex §. *1. Inst. h. t.* quamuis enim facile uiderent ICti, pecudes esse sues, quippe gregatim

tim pasci solitos: dubitabant tamen, an essent quadrupedes, quia dorso et collo non domentur. Vtilitatis tamen caussa receptum est, ut et sues habeantur pecudes quadrupedes.

§. 1087.

Heredem) Cuius rei elegans ratio redditur §. 9. *Inst. h. t.* quia non tantum soluitur, quantum deperditum est, adeoque haec actio non rei persecutoria, sed poenalis habetur.

§. 1089.

Proximis) Et quamuis hic omissum sit uocabulum *plurimis*: illud tamen subintelligendum esse, monetur §. 15. *Inst. h. t.* adeoque eadem omnia obtinent, quae de *cap.* 1. diximus.

§. 1091.

Infamat) Ratio repetenda est ex §. 1081. Non enim hic tantum uindicatur damnum dolo uel culpa lata datum, sed etiam quod ex culpa leuissima profectum est. Ob leuissimam autem culpam famam alicuius sugillari, esset omnino iniquissimum.

§. 1092.

Deformitatis) Quarum tamen ratio habetur, si non ex lege Aquillia, sed iniuriarum quis agat, quia posteriore casu non solum aestimatur, quod nobis ex re nostra abest, sed et quidquid uergit in contemtum et contumeliam.

§. 1095.

Crescit) Cum ergo haec tantum naturam huius

huiuslegis abſoluant reliqua ex ipſo iure naturae et gentium ſint: facile patet, actionem in foris noſtris receptam perperam uocari actionem legis Aquilliae. Videatur THOMASII *Diſſ. de larua legis Aquilliae actioni de damno dato detracta.*

TIT. IIII.
DE INIVRIIS.

§. 1097.

Inſignitum) Obſerua hic diſcrimen inter *iniuriam ſcriptam* et *libellum famoſum*. Illa omnes ſatyras, et ſi quae alia in alterius contemtum uel contumeliam ſcripta ſunt, comprehendit, hic alteri exprobrant aliquod uitium uel delictum, cum infamia coniunctum. Videatur *C. C. art. 110.*

§. 1098.

Illata) Quo in primis pertinet iniuria miniſtris eccleſiae inter ſacra dolo mala illata, quam capitalem eſſe uolunt leges noſtrae. Videatur *L. 13. C. de epiſc. et cleric.*

§. 1099.

Cedat) Satis liquida autem haec eſt probatio, 1) ſi actor oſtendat reum, e. g. ſacerdotem, non obſeruaſſe gradus admonitionis; 2) ſi ipſe elenchus, quo uſus eſt, non fuerit cum manſuetudine animi coniunctus, ſed uerbis atrociſſimis ipſam peccantis perſonam depinxerit.

§. 1100.

Maritum) Indecorum enim uisum est, maritum ab uxore defendi, cum uxor potius defendenda esset a marito. Ergo si ipsa simul contumelia affecta sit, ueluti si quis maritum cornutum dixerit, tunc non alienam sed propriam iniuriam uindicare censetur.

§. 1102.

Aestimauerit) Salua tamen moderatione iudicis, qui partim ad actoris personam et conditionem, partim ad dolum a reo commissum, ipsiusque facti atrocitatem attendere solet. Quin plerisque locis ob insignem huius actionis turpitudinem aestimatio iniuriae plane prohibita est.

§. 1103.

Sparsumne) Voluerunt enim legislatores hic obtinere poenam talionis, ut ea poena afficiatur libelli auctor, qua afficiendus esset actor, si imputatum ipsi delictum uerum esset. Videatur *C. C. art. 110.* Sed hodie ultra fustigationem et relegationem perpetuam uix proceditur.

§. 1106.

Infligendam) Ergo nulla est inter has et praetorias actiones differentia, nisi partim ratione obiecti, seu iniuriae illatae, cuius hic tres species tantum supponuntur, et ratione durationis de qua §. *sequ.* dicemus.

§. 1107.

§. 1107.

Exspirat) Huius diuersae durationis rationes habes infra *tit. de perpet. ac tempor. action.* §. *1271. et 1272.*

§. 1108.

Exstingui) Ex quo facile patet, prudentiores hoc remedium non magni facere, in primis cum manifesto repugnet principiis Christianismi, ceu praeclare docuit PFANNKVCHIVS singulari schediasmate, cui epistolam praeposuit SLEVOGTIVS, *Ien. 1678.*

§. 1109.

Actori) Id hodie tum in Saxonia, tum in terris Prussicis obtinet, ubi proceditur per modum denunciationis, ita tamen, ut si caussa sit leuior, uerba in factum temperentur, et iudex abstineat a uocabulis: Inquisition, Inquisit, *articuli inquisitionales*, sed eorum loco dicat *denunciatio, denunciat*, Vernehmung über gewisse Puncta.

§. 1110.

Palinodiam) Haec actiones omnes, quamuis in iure Romano fundamentum non reperiant, approbatae tamen sunt per *R. I. de a. 1530.* §. *item* als, nec non per *Ordinationem camaralem P. II. tit. 28.*

§. 1111.

Passi.) Huius rei uera ratio est, quia actiones iniuriarum ad uindictam sunt comparatae, tales uero actiones ad heredes numquam transeunt.

TIT.

TIT. V.
DE OBLIGATIONIBVS, QVAE QVASI EX DELICTO NASCVNTVR.

§. 1112.

Culpa) Atqui damnum iniuria datum, quamuis ex culpa tantum proficiſcatur, tamen tantum uerum delictum eſt? Reſp. potius tamen uerum, quam quaſi delictum eſſe poteſt, prout uel dolo uel culpa datum eſt; quamuis a potiore deſumta denominatione uerum delictum adpellari ſoleat. Videantur THOMASII *Schol. ad* HVBER. *b. t.*

§. 1113.

In factum) Veluti hodie uocant de ſyndicatu: quia tamen ipſe, qui eius modi ſententiam uires rei iudicatae adquirere paſſus eſt, ſua culpa damnum ſenſit, raro admodum utilis erit haec actio. Videat. THOMASII *Diſſert. ſing. de exiguo uſu doctrinae Inſtit. de iudice, litem ſuam faciente.*

§. 1114.

Praetereuntibus) Et horum etiam bono introducta eſt haec actio, ne operoſius inquirere teneantur, quis illis hoc damnum dederit. Semper enim praecipua cura fuit Romanorum iis de ſecuritate proſpicere, qui locis publicis commeant.

§. 1115.

§. 1115.

Interest) Quod tamen semper intelligendum est saluo regressu aduersus eum, qui effudit et deiecit. Aduersus hunc autem inquilinus non experitur ex quasi delicto, sed ex locato uel alio contractu, qui cum isto intercedit.

§. 1116.

Datur) Prior actio nec heredi, nec aduersus heredes datur, quia ad uindictam solum tendit. §. 1273. posterior perpetua est, quia non tam ex edicto praetoris promanauit, quam ex ipsis XII. tabb. uel lege Aquillia, quamuis praetor circa poenam aliquid innouauerit.

§. 1118.

Habitantem) Nisi ipse uel poni iusserit, uel positum esse passus sit, cum facultas fuerit prohibendi. *L. 5. §. 9. et 10. D. h. t.*

§. 1119.

Datur) Olim et hoc casu locus erat actionibus noxalibus, ceu infra ostendimus §. 1228. Hodie uero actio iudicati de peculio aduersus patrem ideo datur, quia illa non est ex quasi delicto, sed ex quasi contractu litis contestationis, quemadmodum ostendimus supra §. 1013. et 1019.

§ 1120.

Stabularios) Immo ob similitudinem rationis hoc edictum pertinet etiam ad magi-

P stros

ſtros curſus publici, qui ubi res aliorum receperunt, ex quaſi delicto tenentur, ſi quis ex illorum familia (ein Poſtilion) illas ſurripuit, ex quaſi contractu autem, ſi id fecit extraneus, qui eodem curru uſus eſt. Videatur STRYK. *de actionibus caute inueſtigandis, ſect. 1. membr. 9. §. 35.*

§. 1122.

Duplum) Nec tamen conſultum eſt, hanc potius, quam illam actionem inſtituere. Praeterquam enim quod actiones in duplum hodie exigui uſus ſunt, difficillima etiam erit probatio. Probandum enim erit, aliquem ex nautae uel cauponis familia furtum feciſſe, damnumue dediſſe.

§. 1123.

Prohibere) Alias enim ceſſante obligatione ex una parte ceſſat etiam ius ex altera. Iure autem ceſſante actionem etiam ceſſare oportet.

§. 1124.

Populares) Loco harum apud nos unicuique ex populo datur facultas denunciandi. Qua facta denunciatione iudex rem ex officio perſequitur, et plerumque interpoſitis mandatis poenalibus aliisque remediis publicae ſecuritati conſulit.

TIT.

TIT. VI.
DE ACTIONIBVS.

§. 1126.

Debetur) At minus adcurata est haec definitio, partim quia actionem hic non consideramus tamquam ius, uel partem patrimonii nostri, sed tamquam medium aliquod ius nostrum consequendi: partim quod sic reuera tantum definitur actio in personam, cum generalem omnium actionum definitionem quaeramus.

§. 1127.

In rem) Quaecumque nimirum ex iure in re oriuntur, ueluti dominio, iure hereditario, seruitute, et pignore. Nec obstat actio pignoratitia sua natura personalis, quippe quae non ex pignore nascitur, quatenus est ius in re, sed quatenus est contractus. Qui conceptus omnino non sunt confundendi.

§. 1129.

Nequeat) Ita scilicet, ut pro fundamento actionis ponat dominium. Alias enim dominus saepe rem suam condicit. Verum non ratione dominii, sed ex contractu, e. g. commodato, locato cet.

§. 1130.

Possessionis) Quemadmodum enim malae fidei possessor omnes fructus restituit, etiam per-

cipiendos, ita possessor bonae fidei lucratur fructus omnes, praeter exstantes. Moribus tamen Germaniae hic quoque tenetur restituere fructus consumtos, quibus factus est locupletior. Vid. STRYKII *Vsus mod. ad h. t. §. 12.*

§. 1131.

Actionem) Et quidem ideo, quia rei uindicatio omnium actionum difficillima est, propter probationem dominii quae actori incumbit. Proinde praetor eum, qui bona fide iustoque titulo rem traditam accepit, dominum esse fingit, cum non sit.

§. 1132.

Absenti) Vbi obseruandum, hanc actionem plane eiusdem naturae esse cum Publiciana. Vti enim in hac praetor fingit, *illum* usucepisse, qui non usucepit: ita in rescissoria non usucepisse fingit, qui usucepit tamen. Vnde et utraque in iure nostro Publiciana uocatur.

§. 1133.

Omni caussa) Cum uero de uiribus hereditatis nondum constet, petitum libelli ita formari solet: Daß Beklagter angehalten werde, ein beglaubtes Inventarium oder eydliche Specification zu ediren, und nach demselben die Erbschaft anzutreten.

§. 1134.

Petitionis) Petit enim filius ex iusta caussa, sed falsa tamen exheredatus, ut ab intestato ad legi-

legitimam portionem admittatur. Et ratione solius huius capitis testamentum corruit. Reliqua enim eius capita salua sunt, e. g. legata, fideicommissa, cet.

§. 1135.

Iurium) Quod singulari et diffuso opere: *de usu actionis confessoriae et negatoriae* demonstrauit SCHWENDENDOERFFERVS ubi inter alia integro uolumine usum huius actionis in caussis consistorialibus ostendit.

§. 1136.

Liberi) Itaque semper hic prouocat actor ad libertatem naturalem, qua fundus suus uel ipse gaudeat. Sed obseruandum, ubicumque naturalis libertas lege publica restricta est, ibi semper cessare actionem negatoriam, eatenus, ut onus probandi in reum non deuoluatur.

§. 1137.

Triumphare) Eique plerumque suffragantur ICti Wittebergenses, ex quibus HORNIVS singularem ea de re dissert. scripsit, quam simul excussa est cum FVLVII PACIANI noua editione libri *de probationibus*. Conferatur HERTIVS *de quasi possessoris probatione*.

§. 1140.

Possidentem) Quamuis ipse non sit debitor. Si tamen contra testium possessorem agam, huic in mundo erit exceptio ordinis uel excussionis, ob *Nou. IIII. cap. 2.* et *CXII. cap. 1.*

§. 1141.

Est) Quo ſenſu a Iuſtiniano realis dicatur, in ſcholio oſtendimus. Iam obſerua, poſſeſſores gratis reſtituere debere has res alienatas, et quidem ſi titulo oneroſo adquiſiuerunt, modo ſint fraudis conſcii: ſin titulo benefico, abſolute, ſiue conſcii ſint, ſiue non ſint.

§. 1142.

Praeiudiciales) Ita uero adpellantur, quia antea tractandae ſunt et ad finem perducendae, quam alia cauſſa primaria decidi poſſit. Sic e. g. non poteſt quis agere ad ſucceſſionem feudalem obtinendam, niſi prius ad liquidum perducatur, an ſit filius.

§. 1143.

Reuocetur) Quale quid contigit Barbario Philippo, de quo in *L. 3. D. de offic. praet.* agitur, hodienum homines proprii quoque uindicari poſſunt, modo praeſcriptione nondum ſublatum ſit ius agendi, id quod uocatur das Beſatzungs-Recht, de quo exſtat MEVII tract. vom Zuſtand und Abforderung der Bauren.

§. 1144.

Alatur) Quo caſu filius nihil probat, quam matrem in iuſto matrimonio rei uixiſſe. Pater enim eſt, quem iuſtae nu-

ptiae

ptiae demonſtrant, niſi ipſa temporis ratio repugnet, e. g. ſi ei, qui per ſex annos abfuit, domum reduci aniculus offeratur.

§. 1145.

Naſcuntur) Vel quod perinde eſt, ex obligatione. Quotieſcumque ergo ſiue ex contractu, ſiue ex delicto, ſiue ex aequitate naturali ago, ſemper in perſonam ago.

§. 1147.

Aequitate) Sed illa tamen tantum, cui ius ſcriptum adſiſtit. Si quis enim aequitatem fingit contra leges et ius ſcriptum, illa cerebrina uocari ſolet a ICtis. Videatur THOMASII *Diſſert. de aequitate cerebrina L. 2. C. de reſcind. uendit.*

§. 1148.

Intereſt) Et hinc reus ab actore iure exigere poteſt iusiurandum calumniae, daß er die libellirte Sache nicht gefährlicher Weiſe zu ſehen verlange.

Rationes) Vel alia inſtrumenta publica et priuata: ubi ſi reus negat ſe poſſidere, iurare tenetur: Daß er das libellirte Document nicht habe, noch wiſſe, wo ſich daſſelbe befinde, noch es gefährlicher Weiſe, von handen kommen laſſen.

§. 1150.

Integrum) Vbi semper supponenda requisita: 1) ut quis laesus sit, eamque laesionem possit probare, 2) ut una ex caussis restitutionis hic recensitis adsit, 3) ut negotium stricto iure ualidum sit, et ob solam aequitatem rescindatur.

§. 1151.

Iniu) Iustus hic uocatur, qui cadit in uirum constantem, adeoque opponitur terrori panico. Alias uero iustus etiam metus uocatur, quem quis iure suo alteri infert, e. g. si magistratus morosum debitorem cogit, ut soluat. Et ob hunc non datur in integrum restitutio.

§. 1152.

Heredem) Est enim haec actio famosa, ac proinde non potest institui aduersus eos, quibus reuerentia quaedam debetur, e. g. aduersus parentes, patronos, dominos feudi, contra quos potius in factum agendum est. Ob eamdem caussam haec actio tantum biennium durat, cum reliquae restitutiones saltim quadriennium uiuant.

§. 1153.

Recipiat) Adeoque et minorennes tunc restituunt, quod ad ipsos peruenit, immo et impensas in illam rem factas, si prius per homines idoneos et iureiurando adactos aestimatio meliorationum facta fuerit.

§. 1154.

§. 1154.

His sunt) A Paulliana enim tantum in hoc differunt, quod ea creditores reuocent, quae in fraudem suam alienata sunt; his uero patronus agit ad recipienda illa, quae libertus in fraudem suam alienauit.

§. 1155.

Expressum est) Hinc condictione ex lege hodienum utimur, quoties uel ex noua principis constitutione, uel ex pacto aliquo legitimo agimus, e. g. ex donatione, ex pactis dotalibus.

§. 1156.

Moribus) Haec a doctoribus tantum introducta est ad exemplum condictionis ex lege: quin cum ex iure canonico remedia quaedam fluant; illa doctores uocare solent condictiones ex canone, quae omnia ius ciuile plane ignorat.

§. 1157.

Insunt) Nimirum pacta contractibus bonae fidei adiecta pro eorum parte habentur, et hinc in producenda actione pars imitatur totum: i. e. pactum adiectum producit eamdem actionem, quam contractus, cui adiiciuntur.

§. 1158.

Constituit) Constituere autem est promittere quid iterato in certum diem, et merito turpe uisum est praetori, fidem etiam iterato

datam falli. Cum uero hodie et simplex promissio ualeat, facile patet, inter pactum nudum et constitutum quoad effectum apud nos nullam esse differentiam.

§. 1159.

Iuratum) Nec quaeritur, an recte iurauerit, nec ne? omne enim iusiurandum, quod pars parti defert, pro ueritate, transactione, et re iudicata habetur: id uero aliter sese habet, si iudex ex officio iusiurandum uel purgatorium uel suppletorium alicui detulit; tunc enim nouis emergentibus indiciis nihil obstat, quo minus possit resumi uel retractari.

§. 1161.

Mutuo) Quae datur quidem ad sortem recuperandam, non autem ad usuras; si enim non promissae sunt, actione stricti iuris non petuntur: sin promissae, eo nomine instituenda est actio ex stipulatu, quod aliter sese habere supra monuimus.

§. 1162.

Certi et incerti) Quarum illa instituitur, si species quaedam promissa; haec si genus: hoc enim casu nescio, quid, quale et quantum promissum sit, quod prioribus casibus certo scio.

Chirographo) Quae hodie uocatur processus exsecutiuus, cuius haec natura est, ut non agatur ad litem contestandam, sed ad documen-

mentum, uel recognoscendum, uel iurato diffitendum; facta recognitione solae admittuntur exceptiones in continenti liquidae, reliquis altioris indaginis ad reconuentionem remissis.

§. 1163.

Socio) Haec datur ad communicandum lucrum et damnum; si enim de rebus ipsis diuidundis agitur, non hac actione experiundum est, sed iudicio communi diuidundo, de quo paullo post.

§. 1164.

Nascitur) Vbi fundamenti loco obseruandum, in solis his contractibus innominatis locum esse poenitentiae, quamdiu alter nondum quod promiserat, adimpleuit, id quod in nominatis fieri non potest, nisi re adhuc integra et mutuo dissensu.

§. 1165.

Mixtae sint) I. e. tam in rem, quam in personam, §. *20. Inst. h. t.* idque ideo, quia non modo ex quasi contractu, uerum etiam ex iure hereditario et dominio, adeoque etiam ex iure in re oriuntur.

Recepto) Quae datur ob omne damnum, praeterquam fatale. Tale autem habetur, quod extra nauem uel diuersorium initium cepit.

Restituendas) Hoc ideo additur, quia est haec actio priuilegiata, et hi sumtus in prima statim

ſtatim claſſe creditorum ſoluuntur. Quod ideo repertum, quia ueteres exiſtimabant, animas inſepultorum ex campis elyſiis exſulare, adeoque ſepelientem utiliter negotia defuncti geſſiſſe *L. 3. pr. D. de negot. geſt.*

§. 1168.

Aureas) Hodie qui edicta magiſtratuum noſtrorum uiolant dolo malo, extra ordinem puniuntur, praeuia uel denunciatione uel inquiſitione ex officio inſtituta.

Obtemperantem) Huius delicti reus eſſe cenſetur, qui iudicato non ſtatim ſatisfacit, ſed rem ad exſequutionem peruenire patitur, ceu apparet ex *L. un. D. ſi quis ius dic. non obtemp.*

Exemit) Cui actioni hodie locus non eſt in cauſſis ciuilibus, quia ceſſat in ius uocatio. Si tamen in cauſſis criminalibus, uel arreſti perſonalis tale quid contigerit, actio haec adhuc hodie inſtitui poteſt.

§. 1169.

Dominus) Immo utilis haec actio datur etiam coniugi, immo et parenti, ob coniugem uel liberos corruptos, quamuis hodie uix in duplum concepta ſit, per ea, quae docuit THOMASIVS in *diſſert. de exiguo uſu actionum poenalium in foris Germaniae.*

§. 1172.

Conſtitutam) Quod ad effectum attinet, inter actiones rei perſequutorias et poenas etiam haec differentia eſt, quod illae non ſine

famo-

famosae, etiamsi ex delicto descendant, hae autem omnino infament, si quis ex dolo condemnatur.

§. 1173.

Miserabili) Habes ergo hic actionem poenalem ex contractu: est etiam unica ex ultima uoluntate eiusdem generis, qua agitur ab ecclesia uel alio pio loco aduersus heredem, qui legatum uel tardius soluit, uel negat, in duplum.

§. 1175.

Quadruplum) Cui frustra obuertitur, poenam aliquando uniuersas delinquentis facultates exhaurire posse, si eius bona publicentur: id enim uerum est de delictis uel criminibus publicis, de quibus *tit. ultimo* agetur; nos autem hic loquimur de actionibus priuatis, quae numquam ultra quadruplum dantur.

§. 1176.

Est) Hinc generalis notanda regula: *quoties actioni praetoriae poenali temporariae praescriptum est, toties non amplius agi potest uel in duplum uel in quadruplum, sed in simplum tantum.*

§. 1177.

Facto) Vel magis perspicue certo respectu, si nempe reus uel in dolo est, uel in contumacia uersatur, quo in primis pertinent actiones inficiando crescentes.

§. 1178.

§. 1178.

**Dimidium*) De quo more quaedam erudite monuit FRANC. IVRETVS in *Not. ad* SYMMACHI *Epist. IIII, 55.* sed cum hodie sportulae non aestimentur ex summa libello expressa, uerum ex lege prouinciali, quae uocari solet, die Tax- oder Sportelordnung, nullum hodie huius actionis usum esse facile patet.

§. 1179.

Litium) Non confundenda haec actio cum illa, cuius superiore paragrapho meminimus, illa enim dabatur in triplum aduersus actorem, qui maiorem summam libello complexus erat, haec in quadruplum aduersus ipsos litium exsequutores, qui plus iusto extorserunt.

§. 1180.

Memini) Immo etiam in duplum condemnatum esse depositarium, qui depositum miserabile abnegauerat, refert PHILIPPI in *Vsu hodierno Instit. ad Tit. de act.* reliquas actiones poenales hodie rei persequutorias esse, recte obseruarunt GVDELINVS in *Iure nouissimo, III, 13.* et GROENEWEGEN *ad Rubr. C. de poen.*

§. 1182.

Condemna) Semper in iudiciis ſtricti iuris certa ſumma exprimebatur, non autem in iudiciis bonae fidei. Vnde eleganter SENECA *l. c. melior uidetur cauſſae bonae conditio, ſi ad iudicem, quam ſi ad arbitrium mittatur, quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit; huius libera et nullis conſtricta uinculis religio eſt.*

§. 1185.

Poteſt) V. g. in quadruplum, ueluti in actione quod metus cauſſa, uel ut admittatur actor ad iusiurandum in litem, i. e. ut iuret, quanti rem ex affectione aeſtimet.

§. 1186.

§. *28. Inſt. h. t.*) Haec paragraphus longum et accuratum texit catalogum actionum b. f. nec ulla ideo omittitur, praeter funerariam, quae tamen cum ſit ſpecies negotiorum geſtionis, ſub actione negotiorum geſtorum implicite continetur.

§. 1187.

Arbitrariae ſunt) Tu obſerua regulam generalem: *quaecumque actiones ex negotio unilaterali oriuntur, iſtae omnes ſunt ſtricti iuris, quae ex bilaterali, bonae fidei.*

§. 1188.

§. 1188.

Regundorum) Quae actio ut exitum reperiat, praecipue opus est inspectione oculari, ut termini ueteres indagentur: si isti reperiri nequeant, mensor adhibendus est, et ichnographia conficienda, quo facto tum demum partes admittuntur ad positiones mutuas (zu Einbringung ihrer Säze.)

§. 1189.

Communicaret) Ergo reuera hic Iustinianus regulas prudentiae legislatoriae parum obseruauit, dum uocabulo actionis abrogationem ipsam reliquit intactam. Id quod tamen numquam facere solent principes boni, quorum non est, legum numerum praeter rationem amplificare.

§. 1190.

Nonproducunt) Hinc tantum ex hisce pactis contractibus stricti iuris adiectis nascitur exceptio pacti uel doli mali, modo non repugnent naturae contractuum.

§. 1192.

Exprimatur) Non semper uero hoc fieri potest, in primis in iudiciis uniuersalibus, ubi uel rerum uel iurium uniuersitatem prosequor. Sic e. g. in hereditatis petitione peto aditionem inuentarii, et ut hereditas secundum illud restituatur.

§. 1193.

§. 1193.

Poteſt) Mutare autem libellum non licet poſt litis conteſtationem, niſi prius reſtituantur omnes expenſae. Differunt autem libelli mutatio et emendatio, quod per illam aliud genus actionis eligatur, haec uero tantum certam circumſtantiam facti mutet.

§. 1195.

Cadebat) Quod ex ſtricto iure formulario procedit. Nam et is cauſſa cadebat, qui in formula pronuncianda aberrauerat. Ceſſante ergo iſto rigore, iuris formularii hunc etiam pluris petitionis effectum ceſſare oportuiſſe facile animaduertes.

§. 1196.

Inſtantia) Si nempe pluris petitio animaduertatur poſt litis conteſtationem. Si enim actor illam antea emendat: non condemnari in expenſas ſolet, quia perinde eſt reo, ſiue ad priorem, ſiue ad emendatum libellum reſpondeat.

§. 1197.

Peculio eſt) Peculium enim dando pater conſenſit, ut filius contrahat de iſto peculio, ac proinde etiam eatenus tenetur. Ex quo ſimul conſequitur, ut haec actio ob delictum filii non competat, ad quod perpetrandum pater filio non dedit peculium.

§. 1199.

Possit) Vbi res redit ad aestimationem iudicis, quia non tam rationem habet conditionis debitoris, quam facultatum eius. Et hinc modicum aliquid seponitur tamquam sors, cuius usurae debitori quotannis soluuntur ad dies uitae, ut inde uictum et amictum sibi comparet.

§. 1200.

Adfinitate) Ea autem soluebatur iure Romano solutis nuptiis, siue per diuortium siue per mortem, ceu ex instituto demonstrauimus in *Comment. nost. ad leg. Iul. et Pap.* Id quod hodie aliter omnino sese habet, cum uinculum adfinitatis mortua etiam persona durare censeatur.

§. 1201.

Praeferunt) Immo ne isti quidem milites Teutonici et S. Ioannis seu Melitenses id beneficium sibi uindicare possunt, nisi actu militent, quod uocant den Creutzzug thun, oder die Carafane verrichten.

§. 1202.

Competit) Immo omnibus, qui ex liberalitate sua conueniuntur. Vnde id recte adplicatur etiam ei casui, si socer genero dotem paullo maiorem promiserit, et postea uix sit soluendo.

§. 1203.

Exheredatis) His hodie hoc beneficium com-

competere non poteſt, quia emancipatio neminem priuat hereditate paterna; exheredatio autem fieri non poteſt niſi ob ingratitudinis cauſſam. Talis uero exheredatus beneficio indignus eſt, quippe qui hanc calamitatem ſuo ſibi iumento adtraxit.

TIT. VII.

QVOD CVM EO, QVI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIVM GESTVM DICITVR.

§. 1205.

Perſonae) Immo et ob adquaeſtum, quem pater ex filii rebus, dominus ex ſerui operis ſibi uindicat: naturaliter autem ita comparatum eſt; ut quem penes commodum eſt, eum et incommodum merito ſequatur.

§. 1207.

Habuerunt) Quia ratihabitio retrotrahitur ad initium negotii. Ceterum obſeruandum hic eſt, mandatum et iuſſum ita differre, quod illud ſupponit duas perſonas, hoc patrem et filium, uel dominum et ſeruum, qui pro una perſona habentur.

§. 1208.

In ſolidum) Ratio ergo aequitatis in eo conſiſtit, quod iubens pro auctore actionis et cauſſa morali habetur: quia perinde eſt, ac ſi ipſi iubenti ſit creditum, quia non filii, ſed patris iubentis fidem ſequutus eſt.

§. 1210.

Praepositus est) Et quidem secundum legem praepositionis (nach seiner Instruction:) unde frustra actio exercitoria instituereтur de delictis magistri, uel ob pecuniam ex legibus ludorum debitam. Eius enim rei caussa exercitor magistrum nauium numquam praeposuit.

§. 1212.

Praesunt) Id et circa alia officia obseruandum est. Quod enim quisque ratione officii egit uel contraxit, de eo non tenetur finito officio, e. g. si quis tamquam quaestor principis cambium acceptarit.

§. 1213.

Nequeant) Hodie semper exercitor agit etiam aduersus extraneum, modo iura cessa acceperit a magistro nauis, et tunc plane non opus est restitutione praetoria.

§. 1215.

In solidum) Belgas plerique alii hac in re imitati sunt, quamuis hoc ius sit iniustissimum, cum extraneus scire non potuerit, plures esse exercitores diuersis locis habitantes, et praeterea ita haec actio finem suum non amplius consequatur, qui est fauor extranei, non exercitoris.

§. 1217.

Tribuentem) Ergo pater hic erat iudex ueluti domesticus filii sui, et hinc etiam quo ordine

ordine creditoribus esset soluendum, suo arbitrio decernebat. Quo officio si male functus esset parens, tunc demum creditoribus recursus patebat ad praetorem.

§. 1219.

Prius) Quod ipsum singulare est in hac actione. In tributoria enim et reliquis pater nihil deducit, sed ipse cum creditoribus in tributum ire tenetur. *L. 1. pr. de tribut. act.*

§. 1222.

Est) Ergo hic non agitur peculiotenus, sed in solidum, nec quaeritur, an filius tantum in peculio habeat, sed an tota ista summa in patris utilitatem uersa sit.

§. 1223.

Dedisset) Hic uerus est casus, quo locum habet SCtum Macedonianum, adeoque illud frustra opponitur a filio familias, qui ex emto, locato, aliisque contractibus debet.

§. 1224.

Pertinere) Solet tamen similis dispositio obseruari in academiis etiam ob alios contractus, si studioso res ad uoluptatem potius, quam studia pertinentes, creditae sint; ut nimirum ex edictis non plus, quam certa summa creditoribus adiudicetur, quamuis id magis in odium creditorum, quam in fauorem debitorum inuectum sit.

§. 1225.

Soluendo) Immo et ſi partem tantum uſurarum ſoluit, tacite renunciaſſe uidetur huic SCto, adeoque non amplius auditur.

§. 1226.

Indebitum) In promtu cauſſa eſt. Conditio enim indebiti non datur illis, qui naturaliter debent, ceu oſtendimus ſupra §. 989. Naturaliter autem debere filium familias, nemo ſanus dubitauerit, cum haec exceptio tantum ex iure ciuili ſit.

TIT. VIII.
DE NOXALIBVS ACTIONIBVS.

§. 1228.

Noxaliter) Tu hic obſerua differentiam uocabulorum. Vti enim liber homo *damnum iniuria facere* dicitur, ita ſeruus *noxiam committit*, quadrupes *pauperiem facit.*

§. 1229.

Vocatur) Quamuis hanc differentiam obſeruet Iuſtinianus *l. c.* ICti tamen in Pandectis hiſce uocibus fere promiſcue utuntur, ceu iam obſeruauit BRISSONIVS *de uerb. ſignif.* ſub uoc. *noxa.*

§. 1231.

Caput) Huius regulae ſenſus eſt, eum, qui ſeruum poſſidet, etiam actionem noxalem excipere debere, et uel damnum reſarcire, uel ſeruum noxae dare.

§. 1232.

§. 1232.

Laesi sunt) Non ergo dominus hanc actionem instituit, si serui delicto laesus sit, eiusque rei elegans ratio redditur in *L. ult. C. an seruus pro suo fact.* nimirum seruum posse domi conueniri.

§. 1234.

Soluunt) Vbi conferenda elegans RIVINI *Differt. de paroemia iuris: qui non habet in aere, luat in corpore.*

TIT. VIIII.

SI QVADRVPES PAVPERIEM FECISSE DICATVR.

§. 1235.

Datum) Nec hic ui uocabuli requiritur, ut aliquid deminutum sit ex patrimonio alicuius; nam et si bos cornu petat, uel equus calce feriat, pauperies facta dicitur.

§. 1236.

Dederit) Semper autem quadrupes contra naturam damnum dedisse censetur, si tale quid egerit, quod non omnia eiusdem generis animalia agere solent. Sic e. g. non omnes equi sunt calcitrosi, nec omnes boues cornupetae.

§. 1239.

Pecorum) Cum ergo haec actio parum differat ab altera de pauperie: non mirum est, eam non tanti uisam esse Iustiniano, ut de ea prolixius ageret. Vnde et paucissimis locis huius actionis in iure nostro sit mentio.

§. 1240.

Iudex) Condemnabatur tunc dominus eius modi bestiae 1) ad restituendum fostrum, 2) deinde ad praestandam aestimationem operarum cessantium, ac 3) denique ad restituendas omnes impensas. Egregie hoc edictum illustrauit EV. OTTO in libro de *tutela uiarum Part. II. cap. 3.*

§. 1241.

Prussia) Aliis plerisque locis non nisi culpa domini punitur, quae tunc demum manifesta est, si perspectam habuit animalis ferociam, et istud tamen non coërcuit aut recte custodiuit. Tunc enim omnino ad restituendum fostrum et operas cessantes potest condemnari.

§. 1242.

Dominus) In primis uero insignis est pignorationis effectus, quod ea ipsa iura nostra conferuemus aduersus eum, qui nos in possessione turbare conatur. Iudici autem pignus ideo offerendum est, ut pignoratio discerni possit a fractione pacis publicae. Qua de re multa dixerunt GAILLIVS in *tractat. de pignoration.* et PHIL. DATTIVS *de pace publica.*

TIT.

TIT. X.
DE IIS, PER QVOS AGERE POSSVMVS.

§. 1244.

Posse) Ac proinde XII. tabb. cautum fuerat, quod si quis per morbum uel senectutem pedibus uti non possit, tunc ei in ius uocato iumentum esse dandum, nec opus esse ut arcera sternatur. Qua rigida sane lege non fuisset opus, si ius Romanum procuratores admisisset.

§. 1245.

Esset) Hi primi admittebantur pro aliis, et singularia nomina obtinebant. Qui enim agebat pro populo, *Syndicus*, uel *actor* dicebatur; qui pro libertate, *adsertor*, qui pro pupillo, *tutor*; qui denique pro capto uel absente rei publicae caussa, *defensor*.

§. 1247.

Occuparet) Quamuis ergo mandatum in se non sit titulus ad transferendum dominium habilis: aliud tamen dicendum, si quis alteri mandet, ut rem occupet, sibique habeat, quia tunc perinde est, ac si donarit: donationem autem esse titulum ad transferendum dominium habilem, nemo dubitat.

§. 1248.

Administrat) Quod mandatum ex moribus Germaniae concipiendum etiam est nomine

 here-

heredum, ac praeterea exprimere debet nomen procuratoris, actoris, rei, caussam, quae in iudicium deducitur, praecipuos actus a procuratore expediendos, ac denique clausulam de rato sub hypotheca bonorum. Accedere denique debet subscriptio et subsignatio, uel adiicienda uerba: in Ermangelung meines Pettschafts.

§. 1249.

**Constituant*) Hi uero personam suam legitimant non solum per mandatum, quemadmodum reliqui procuratores, uerum etiam per tutoris tutorium, ac proinde hac formula utuntur: Ich erscheine actorio nomine Titii, Vormundes Meuii, und will zur Legitimation meiner Person so wohl meines Constituenten mandatum sub litt. A. als auch dessen tutorium sub litt. B. ad acta überreichet haben.

§. 1250.

Infamia) Neque obstat allegata §. *ult. Inst. de except.* Ea enim loquitur de exceptione infamiae, de qua prius disputandum est, i. e. quae non in continenti liquida fieri potest, adeoque ad hunc casum, ubi manifesta est infamia, haec paragraphus proferri nequit.

§. 1251.

Esset) Simulac enim inquisitus respondit ad articulos inquisitionales, petere potest, ut sibi constituatur defensor: quin iudex ex officio

ficio curare debet, ne reus indefenſus condemnetur: quo caſu et impenſas ferre debet, ſi inquiſitus nihil in bonis habeat.

§. 1252.

Conteſtationem) Quo caſu cum nondum operas praeſtiterit procurator, quia ne dominium quidem conſequutus ſit, nec cauſſae cognitione, nec reſtitutione expenſarum opus eſt.

Soluuntur) Immo et officium procuratoris morte hodie procul dubio ceſſat, quia perſonae induſtria electa eſt, heres autem in herede non eamdem fiduciam collocat fidei et induſtriae, quam defunctus in defuncto collocauerat.

§. 1253.

Mandantem) Nec obſtat, quod hodienum in ſupremis imperii iudiciis ſententiae concipi ſoleant aduerſus procuratores (wider die Anwalde.) Id enim tantum fit in exordio ſententiae, cum poſtea ſententia ipſa in principales omnino dirigatur, et aduerſus hos quoque decerni ſoleat exſequutio.

TIT. XI.

DE SATISDATIONIBVS.

§. 1256.

Poſſunt) Vnde hodie non quaeritur, an ſint perſonae illuſtres, uel an immobilia poſſideant, (ſiquidem hoc poſteriore caſu

inra

iuratoria cautione ne quidem opus eſt) ſed an quis ſit uir honeſtus et integrae famae, et an probabiliter nec fideiuſſores nec pignora reperire potuerit.

§. 1257.

Siſti) Qua cautione reus hodie non oneratur, niſi unico caſu, ſi de fuga ſuſpectus, et ideo arreſto conſtrictus ſit. Tunc enim arreſtum non relaxatur, priuſquam de iudicio ſiſti et iudicatum ſolui ſatiſdederit.

§. 1258.

Reſtituturum) Quae cautio hodie ceſſat, niſi quod apud nos omnes actores cautionem praeſtant pro reconuentione et expenſis, non autem pro decima parte litis loco expenſarum praeſtanda.

§. 1259.

Iudicium) Quod ipſum quoque hodie ceſſat, quia in cauſſis ciuilibus perinde eſt, ſiue ipſis principalibus, ſiue eorum procuratoribus publicetur ſententia. Cauet tamen pro procuratore principalis, ſub hypotheca bonorum, ceu ad ſuperiorem titulum oſtendimus.

§. 1260.

Agat) Immo hi ne indigent quidem cautione de rato, modo tutorium uel curatorium ſuum ad acta producant, uel rogent ſaltim ſecretarium iudicii, ut in margine teſtetur,

tur, illum in isto iudicio tutorem uel curatorem constitutum esse.

§. 1261.

Sisti) Et hinc cautio committitur statim, si in termino quodam non comparuerit, nisi in tempore i. e. ante terminum absentiam suam excusarit, et termini prorogationem petierit. Vbi consultissimum est, impedimentum addito attestato statim demonstrare.

§. 1262.

Est) Quod ius in Saxonia praecipue obseruatur. Vbi enim ius commune uiget, ibi conuentio et reconuentio simultaneo processu expediuntur, adeoque eo casu nulla opus est cautione.

TIT. XII.

DE PERPETVIS ET TEMPORALIBVS ACTIONIBVS, ET QVAE AD HEREDES ET IN HEREDES TRANSEVNT.

§. 1263.

Exspirare) Quod nouae constitutiones principum inuexerunt, ne lites infinitae essent ac immortales, *pr. Inst h. t.* ex quo simul discimus, olim omnes actiones uere fuisse perpetuas, nullaque praescriptione excludi potuisse.

§. 1264.

§. 1264.

**Spatium*) Perpetuum enim Latinis non ſolum eſt, quod fine caret, ſed et continuum non interruptum. Sic CAESAR *perpetuam paludem* dixit non interruptam; TERENTIUS *perpetuum biennium*, continuum.

§. 1265.

Vſucapiat). Non enim ſemper uſucapio ex parte alterius procedit, e. g. ſi deſit bona fides, uel iuſtus titulus, uel res ſit uitioſa, uel poſſeſſio interrupta, quibus omnibus caſibus rei uindicatio, aliaeque omnes actiones reales XXX. annos durant.

§. 1266.

Diſcontinuas) Continuas autem uocant, quas quis ſine interruptione perpetuo exercet, e. g. ſeruitus oneris, tigni immittendi, diſcontinuas contra, quas certis tantum anni temporibus, uel, prout neceſſitas exigit, exercemus, e. g. ius uiae, ius paſcendi.

§. 1267.

Poſſideat) Hic enim non poteſt non ſibi conſcius eſſe, rem, quam poſſidet, hypotheca affici, adeoque in continua mala fide eſt, ac proinde tempore ordinario praeſcribere nequit.

§. 1268.

Annis) Quod etiam dicendum eſt de actione familiae herciſcundae, quae tamquam mixta itidem XXX. annos durat.

§. 1269.

§. 1269.

Est) Quatenus enim in quadruplum agitur, annum tantum utilem durat, adeoque tunc plane temporalis est, ob regulam tertiam.

§. 1270.

Quadriennium) Cum enim darentur olim intra annum utilem, in istum uero tantum computarentur dies fasti; Iustiniano placuit faciliorem reddere hanc computationem, et pro anno utili introducere quadriennium. *L. ult. C. de temp. in integr. restit.*

§. 1271.

Deiectis) Omnium harum exceptionum haec ratio est, quod hae actiones origine uere sunt ciuiles, quippe ex XII. tabb. natae, quamuis postea praetor eas emendarit, poenamque immutauerit. Vid. quae diximus in *Pand. ad tit. de Lege Aquillia.*

§. 1272.

Adulterii) Immo in omnibus delictis carnis, adeo ut ne crimen digamiae excipiendum esse demonstrarit THOMASIVS in *dissert. Lips. de praescriptione criminis digamiae.* Sunt etiam qui in crimine homicidii praescriptionem omnem cessare putant, quia poena ex ipso iure diuino sit.

§. 1273.

Vindictam) Ad uindictam autem comparatae dicuntur omnes actiones, quibus persequimur aliquid, quod nobis ex re nostra

non

non abest, uindictam autem mortuus, dum non uindicauit, remisisse censetur, ceu recte obseruauit VINNIVS *ad* §. 1. *Inst. h. t. num.* 6.

§. 1274.

Dantur) Vbi obseruandus textus admodum notabilis *L. un. C. ex delict. defunct. hered. quomod. conuen.* ubi generalis traditur regula, heredem ex delicto defuncti conueniri non posse, nisi quantum ad ipsum peruenit. Vid. CVIACIVS *Obseruat. VII,37.* et *XIII,39.*

§. 1275.

Contractu) Obiiciunt equidem, poenam conuentionalem etiam ab heredibus exigi posse; uerum haec poena nec ex delicto est, nec ex contractu, sed ex stipulatu, adeoque nec actionem poenalem instituo, sed actionem ex stipulatu. Vid. §. *ult. Inst. de uerb. obligat.*

TIT. XIII.

DE EXCEPTIONIBVS.

§. 1276.

Actionis) Prius ueteres ICti uocabant *inficiationem*, posterius *depulsionem*: priore casu exceptione peremtoria non erat opus, sed exspectabatur tantum, an actor actionem probare possit; posteriore casu adiicienda erat exceptio, eaque a reo probanda.

§. 1277.

Appellentur) Inprimis hic conferendi sunt duo scriptores egregii ZANGERVS et RIVINVS,

NVS, quorum prior de omnibus *exceptionibus dilatoriis et peremtoriis*, posterior *de dilatoriis* singularem edidit tractatum.

§. 1278.

Praetoriae) Sed haec diuisio in exceptionibus non tantae utilitatis est, quam in materia de actionibus, uti enim actiones ciuiles et praetoriae ratione durationis differunt, ita regulariter omnes exceptiones sunt perpetuae, quia per me stat quando agere uelim, non quando excipere, singulare tamen quid habet exceptio non numeratae pecuniae, quam ultra biennium non durare, iam supra ostendimus §. 890.

§. 1279.

Dilatoriae) Differunt etiam haec exceptiones ratione modi proponendi, dilatoriae enim hodie praemittendae sunt litis contestationi, peremptoriae eidem subiiciendae, quamuis olim aliter se rem habuisse ex §§. ultimis pateat.

§. 1280.

Egrediuntur) Tales sunt omnes, quae priuilegio personali nituntur, e. g. priuilegio fori uel pacto in specialem alicuius personam concepto, e. g. ego a te, quoad uixeris, hanc summam non petam.

§. 1282.

Impediunt) Tales sunt omnes peremtoriae, quae instrumentis guarenrigiatis in continen-

ti probari possunt; eo casu ne opus quidem est litis contestatione, sed statim decernitur: daß Beklagter auf die erhobene Klage sich einzulassen nicht schuldig, sondern Kläger die verursachte Unkosten demselben zu erstatten pflichtig.

TIT. XIIII.
DE REPLICATIONIBVS.

§. 1285.

Habet) Sed plerumque noua adferri solent in ultima positione et proinde conclusionis rescissio petitur: sed satius est, rescissionem istam denegare et decernere: daß auf die angegebene noua in sententionando nicht reflectiret werden solle; quae praxis in nostris regionibus perpetua est.

TIT. XV.
DE INTERDICTIS.

§. 1286.

Liberantur) Excepto solo casu, si priuatus a fisco conueniatur de regalibus, e.g. iure uenandi, metalla fodiendi, tunc enim qui possidet, aut litteras inuestiturae aut priuilegium proferre tenetur, sine quo omnis priuati possessio uitiosa censetur.

Probauerit) Vnde et prohibita est rei litigiosae sequestratio, nisi certis casibus, de quibus supra §. 813.

§. 1287.

§. 1287.

Possessione) Nam non omnia interdicta ex possessione sunt, sed quaedam etiam a praetore data ad ius publicum tuendum, e.g. ne quid in loco publico uel itinere publico fiat, quaedam etiam ob res, quae moram non ferunt, e. g. si quis ui uel clam aedificare uelit.

§. 1288.

Habendi) Et haec uera est possessio iuridica, ex qua sola interdicta nascuntur, quamuis iure canonico ex naturali etiam possessione nascatur actio spolii, uel remedium ex *can. redintegranda 3. causs. 3. qu. 1.*

§. 1289.

Oriuntur) Quo pertinent interdicta de glande legenda, de tabulis exhibendis, de libero homine exhibendo, et similia, de quibus tamen in Pandectis tantum agitur.

§. 1294.

Persequimur) Adde et tertium discrimen, quod hereditatis petitio processu ordinario expediri debet, interdictum uero quorum bonorum summario tantum, adeo ut leuis saltim demonstratio (eine Bescheinigung) sufficiat, cum ibi sollemni probatione opus sit.

§. 1295.

Petit) Id quod tamen uix alter fieri solet, quam confecto inuentario, et praestita

idonea cautione, actorem totam hereditatem restituturum cum fructibus, si reus in petitorio victoriam obtinuerit.

§. 1296.

Condemnetur) Attamen heres tunc praestare tenetur cautionem, se rem legatam detracta Falcidia sine dolo malo restituturum.

§. 1298.

Colonum) Quae primaria est interdicti et actionis quasi Seruianae differentia; haec enim est actio realis, illud, quemadmodum omnia interdicta, personale tantum. *L. 1. §. 3. D. de interdict.*

§. 1300.

Immobilem) Et hoc obiecto solo differt interdictum hoc ab altero utrubi, quippe quod competit ei, qui in possessione rei mobilis turbatur, alioquin enim per omnia conueniunt.

§. 1302.

Protulit) Cum uero iura proprie non possideantur, sed quasi possideantur, quoties de his agitur utendum est formula: weil ich mich nun in possessione uel quasi dieser Gerechtigkeit befinde.

§. 1303.

Resarciendum) Id damnum iure nostro aestimari solet per iusiurandum Zenonianum, cuius sedes est in *L. 9. C. unde ui;* cum uero hoc iusiurandum praestet actor; in Saxonia reum potius admittere solent ad iusiurandum

mino-

minorationis, (zum Verminderungs-Eid,) cuius tamen iniquitatem ipsi doctores Saxonici adgnoscunt. Vid. GE. BEYERI erudita *differt. de iureiurando Zenoniano.*

§. 1304.

Possessorem) Modo iste conscius sit spolii, per *c. 18. X. de restit. spoliat.* ergo aduersus tertium b. fidei possessorem hoc remedium non competit.

§. 1305.

Vtrubi) Quibus adde tertium de superficiebus, de quo agitur in *L. 1. pr.* et §. *2. D. de superf.*

§. 1308.

Strepitu) Quod discrimen maxime elucet in probatione; in ordinario enim requiritur sollemnis probatio; in summario sufficit demonstratio, (eine Bescheinigung,) quae perfici potest etiam per rotulum a notario conscriptum.

TIT. XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIVM.

§. 1309.

Temeritatem) Ergo plane non in sensu proprio accipitur poena, quod uel inde patet, quod iusiurandum calumniae temeritatem litigando non sequitur, sed antecedit contra naturam poenarum.

§. 1310.

Aduocatus) Quin ex iure canonico etiam procuratores. *c. 2. de iuram. calumn. in VI.* Enimuero cum hoc iusiurandum occasionem daret sexcentis periuriis, cum in Saxonia, tum in aliis prouinciis istud plane est abrogatum.

§. 1311.

Reuerentia) Quid uero si pupillus uel actor, uel reus sit? Tunc hoc iusiurandum praestare tenetur tutor. *L. 2. §. 2. C. de iureiur. propt. calumn. dand.*

§. 1312.

Pragmaticis) Quibus iuramentis praestitis respondendum est ad singulas positiones, et quidem si illae facta aliena concernunt, uerbis: glaube wahr! glaube nicht wahr; ad reliquas: Sage wahr! Sage nicht wahr! Sed cum haec et periuriis soleant occasionem dare, et praeterea plerumque frustratae sint: multo rectius consulunt partibus, qui litis contestationem specialem introducunt.

§. 1314.

Litigandi) Talis uero adesse censetur, 1) si litigatum fuerit super quaestione iuris admodum ambigua, 2) si sententiae non fuerint conformes, sed modo pro actore, modo pro reo latae sint, 3) si inter se litigent personae necessariae et coniunctae, et 4) si quis pro

pro se impetrauerit responsum iuridicum, modo species facti ueritati per omnia congruat.

§. 1315.

Dolo) Vnde infames non fiunt, qui uerbis in factum temperatis actione facti conueniuntur, quod fieri debet, quoties agendum est contra personas, quibus debetur reuerentia.

TIT. XVII.
DE OFFICIO IVDICIS.

§. 1317.

Cognitiones) Quales plerumque erant, quae moram non uidebantur ferre, e. g. salaria aduocatorum, honoraria praeceptorum, munera publica, quae celeriter expediri reipublicae intererat.

§. 1318.

Armata) Ergo huc pertinet omnis uis et coactio, qua iudex contra refractarios de iure utitur, adeoque et pignoris capio, corporis apprehensio, mulctae dictio et immissio in bona.

§. 1320.

Est) Quod obseruandum contra GER. NOODT, qui in *libro de iurisdictione I. cap. 1. et 2.* merum interpretatus uehemens excellens, summum, cum mixtum ipsi idem sit, ac lene uel temperatum, cum tamen ne uerba quidem hanc significationem ferant.

§. 1321.

Facinorosos) Quod imperium recte merum uocatur, quia hic omnia uere ad coactionem redeunt. Nam et inuitus in ius uocatur reus, et in uincula ducitur, et diris quaestionibus ad confessionem adigitur, ac denique ab ipso sumitur supplicium. Quae omnia in caussis ciuilibus cessant.

§. 1322.

Merum) Itaque ex litteris inuestiturarum colligendum est, quid cuiuis concessum sit. Vocabulum enim plurale, die Gerichte, nihil comprehendit praeter iurisdictionem ciuilem. Aliud, si concessa sint alle und jede Gerichte, uel Erb- und peinliche Gerichte, Vogtey und Zent, Gerichte und Fraysch.

§. 1323.

Poterat) Exceptae tamen sunt causae uoluntariae iurisdictionis, quarum periculum ad magistratum pertinet, eae enim non explicari possunt, nisi coram iudice competente, e. g. si decretum interponendum sit de alienandis rebus minorum. Vnde hi actus mixtae iurisdictionis a doctoribus appellari solent. Vid. ERIC. MAVRICIVS *de potestate principis, lege regia, et iurisdictione*, §. 35.

§. 1324.

Datio) Quod quamuis hodie plerumque cesset, non tamen extra omnem usum est, siquidem et Halae nostrae iudicia ciuilia sunt

penes

penes principem, et tutorum tamen datio magistratui oppidano speciali lege permissa est.

§. 1325.

Praescripto) Consensu fit prorogatio, uel ex pacto, si quis promiserit se in ius uenturum in alieno iudicio. Ex praescripto autem legis, si quis reconuentionem aduersus actorem instituat. In quo foro enim conuentio tractatur, in eodem et reconuentio expedienda est.

§. 1326.

Indutam) Quae diuiditur in uniuersalem, quae per totum tractum alicui subiectum porrigitur, et particularem, quae tantum locum habet in praediis subditorum, non autem in agro et uiis publicis. Vnde uocari solet iurisdictio circum septa, die Zaungerichte, de qua singularis exstat SAM. STRYCKII dissertatio.

§. 1327.

Fuerunt) Simile tamen quid obtinet in iudiciis superioribus, ubi testes audiri et rotulus fieri solet per commissarios, de quorum hac in re officio multa egregia disseruit RVTG. RVLANDVS *tr. de commissoriis et commissionibus*.

§. 1329.

Mercenarium) Caue ergo existimes mercenarium officium uocari, ob quod merces exigi possit,(sic enim mercenarium opponendum esset non nobili, sed gratuito,) uerum ubi iudex nihil decernit, nisi rogatus. Sic

e. g. non decernitur arrestum in caussis ciuilibus, nisi praeuia imploratione et periculo petentis.

§. 1330.

Deueniendum) Hinc inter principia sanioris iurisprudentiae hoc ueluti primo loco collocandum est, quod ius Romanum et canonicum apud nos tantum in subsidium receptum sit, ut tunc demum ad illud fiat recursus, si quis casus iure patrio non sit decisus. Vid. STRYKII *Dissert. praelim. ad usum modernum Digestorum.*

§. 1332.

Restituenda) Si scilicet reus eam possideat, alias enim si res in alterius possessione sit, cautionem praestare tenetur de ea restituenda: quo et pertinebat satisdatio de seruo persequendo, qui in fuga est, de qua diximus supra §. 857.

§. 1333.

Est) Ergo in tribus his iudiciis non opus est actione rei iudicatae, sed res statim uindicari potest a quocumque possessore.

TIT. XVIII.
DE PVBLICIS IVDICIIS.

§. 1335.

Est) Quemadmodum enim in caussis priuatis occurrunt actor et reus, Kläger und Beklagter:

Klagter: ita in publicis iudiciis accusator et accusatus, Ankläger uel peinlicher Ankläger et accusatus seu peinlich Beklagter.

§. 1337.

Priuatio) Quo uero secundum ius Romanum referas poenam carceris! Resp. neque ad capitales, neque ad non capitales, quia haec poena legibus Romanis plane inhibita erat. Vid. *L. 35. D. de poen.*

§. 1339.

Exstant) Vbi obseruandum, plerasque leges Iulias originem debere Augusto imperatori, Cornelias L. Cornelio Sullae dictatori perpetuo, Pompeiam Cn. Pompeio, Caesaris aemulo. Reliquarum legum auctores pene ignorantur.

§. 1341.

Animo) Id quod ipsum perduellionis uocabulum indicat. Bellum enim ueteribus erat duellum, adeoque perduellis idem erat ac hostis; hostis uero peregrinum notabat, ueluti in uerbis XII. tabb. ADVERSVS HOSTEM AETERNA AVCTORITAS ESTO.

§. 1342.

Administros) Vnde procul dubio *auctor Aureae Bullae* hoc adplicauit Electoribus Imperii. Ex quo colligunt Publicistae, posse quidem id crimen admitti etiam contra reliquos Principes imperii, sed non

nisi

nisi ab eorum subditis, cum aduersus Electores id ab omnibus Germanis committi queat.

§. 1343.

Restricta) Quam non quidem exspectare potest a patre, sed a matre tantum uel auo materno. Has autem paullo mitius tractandas putarunt legislatores, quia minus uidebatur ab illis imminere periculum, quam a filiis, qui fortassis cupiissent aliquando patri interitu patriae parentare.

§. 1344.

Extenditur) Immo saepe generosi principes eiusmodi insaniam commiseratione potius, quam poena dignam iudicant, eoque pertinet L. insignis *un. C. si quis Imp. maledix.* quamuis ista constitutio reliquis Principibus non dicat legem.

§. 1345.

Abhorrent) Quamuis in Anglia praecedat suspendium: in Francia uero reus quatuor equis illigatus discerpatur. Mores itaque hac in re admodum uarii sunt.

§. 1346.

Fuit) Quod hodie secus se habet, siquidem meretrices aliquamdiu ergastulis solent mancipari, uel aliis poenis ad ignominiam pertinentibus affici, immo et relegari.

§. 1347.

Canonici) Quem conceptum etiam nos hodie sequimur, adeo ut et maritus adulterium com-

commisisse uideatur, si cum muliere soluta rem habuerit. Vnde distinctio iuris Germanici in adulterium duplicatum et simplex, de quo paullo post erit dicendi locus.

§. 1348.

Adulterium) Non ergo haec poena est ex ipsa lege Iulia, ceu §. *4. Inst. b. t.* dicitur, sed ex constitutione Constantini in hanc legem Iuliam facta, et quam ueteres pro parte legis Iuliae habere solebant.

§. 1349.

Vxorem) I. e. ut impune id ferat maritus. Si enim etiam excessum admisit, non ideo poena ordinaria afficitur, sed ob iustum dolorem extra ordinem punitur.

§. 1350.

Saxonia) Poena tamen haec ordinaria mitigari potest ob intercessionem coniugis innocentis, modo uxor in Saxonia una cum curatore deprecata sit. Interim intercedens coniux adulterum relegatum comitari tenetur (sie ist demselben mit wesentlicher Wohnung zu folgen schuldig.

§. 1352.

Obtinet) Et ita quidem, ut semper haec illicita coniunctio dirimatur, nisi forte princeps dispensationem, quam uocant, impertiuerit. Id quod omnino facere potest.

§. 1353.

§. 1353.

Illatum) Istius coercitio proprie ad legem Iuliam de ui publica pertinet, ubi tamen monendum, non praesumi stuprum ui illatum, nisi persona istud passa statim uel familiae suae, uel iudici denunciarit.

§. 1354.

Cogatur) Immo et alimenta praebere infanti, ad quae etiam condemnatur, si concubitum fassus sit, quamuis se neget parentem esse, id quod uocatur decretum prouisionale uel interimisticum.

§. 1356.

Sit) I. e. tali, ex quo probabiliter mors sequi potest, e. g. si quis sclopetum in alterum exploserit. Inde ergo praesumtio petitur etiam ad torturam sufficiens.

Solent) Quid uero si sententia non sit expressum, an a cruribus, an uero a ceruice incipiendum sit? Resp. tunc semper praeferendam esse benigniorem sententiam, adeoque a ceruice inchoandum.

§. 1357.

Est) Et iure quidem, si odiosis eiusmodi artibus et arcanis uel uitae alicuius uel bonis irreparabile damnum intulerit. Quod enim in *C. C. art. 109.* uiui comburii poena statuitur in istos istasque, qui quaeue pactum expressum cum cacodaemone inierint, istud tot

erro-

erroribus est implicatum, ut ipsum delictum hodie uix fidem inueniat.

§. 1358.

Suffocantur) Quae grauior poena ideo statuta est, quia insidiosissimum est hoc homicidii genus, quod uix quisquam, omni licet diligentia adhibita, euitarit. Accedit, quod periculum hoc non ad unum alterumue, sed saepe ad uniuersas familias pertinet.

§. 1359.

Occiderit) Liberorum in ista l e nulla fit mentio, quia tempore liberae ipublicae patres adhuc iure uitae et necis udebant in liberos. Nihilominus tamen ad hos postea porrecta est lex Pompeia. *L. 5. D. ad leg. Pomp. de parricid.*

§. 1361.

Probat) In quo articulo *C. C.* etiam animalium istorum fit mentio. Quia tamen horum quaedam sunt rariora et pretiosiora, imprimis simiae, et in re ipsa non multum momenti positum sit: animalia ista raro culleo simul insuuntur.

§. 1362.

Committant) Et haec uera sunt crimina falsi, quibus ex SCto Liboniano adiiciendus est casus, si quis sibi, uel ei, qui in eius potestate est, legatum uel fideicommissum

ſum adſcripſerit. Reliqui enim caſus potius pro ſtellionatu habentur. *L. 3.* §. *1. D. de ſtellionat.*

§. 1363.

Expendit) In eadem C. C. adiicitur domum publicandam eſſe, quam quis ſciens dolo malo falſis monetariis conceſſerit. Quod ad confiſcationem omnium bonórum non eſt extendendum.

§. 1365.

Obtinet) Immo in Germania id pro crimine fractae pacis habetur, ſi quis ui armata utatur, ac non potius iudiciorum ſupremorum imploret auxilium.

§. 1366.

Furantur) Si quis ipſe adminiſtrat pecuniam eiusmodi publicam, ex eaque aliquid ſubtrahit, crimen id dicitur *de reſiduis.*

§. 1367.

Diſcernatur) Diſcernitur tamen in Saxonia, ubi ſacrilegi rotae imponi ſolent, quamuis id pro exaſperatione poenae uix ſit habendum.

§. 1369.

Ambitu) In primis hoc crimen hodie poena uacat iis locis, ubi publica officia publica auctoritate uenduntur, quia tunc qui iure ſuo utitur, nemini facit iniuriam.

FINIS.

265

